

VII e VIII settimana di DIRITTO Civile  
III parte



**TRACCE**

**I Traccia:** Il candidato, dopo aver esaminato gli strumenti di tutela predisposti dal codice del consumo, esamini, nello specifico, quelle inerenti l'informazione precontrattuale e la disciplina delle clausole vessatorie.

**II Traccia:** la tutela del consumatore nei contratti a distanza e di adesione.

**III Traccia:** il candidato, dopo aver esaminato la natura giuridica della responsabilità dell'istituto di credito in caso di errata iscrizione nella centrale rischi, individui le caratteristiche del conseguente danno dandone concrete esemplificazioni.

**I Compitino (o tema);** la tutela speciale del consumatore. Azioni individuali e collettive

**II Compitino (o tema):** il contratto di assicurazione sulla vita. Natura e caratteristiche.

**III Compitino (o tema) :** il contratto di transazione e la negoziazione assistita.

**IV Compitino (o tema):** le clausole CLAIMS MADE

**Sommario generale:** 1. I contratti del consumatore (p.1). 2. L'informazione del consumatore nella commercializzazione dei servizi finanziari (p. 8) . 3. Il credito al consumo (p. 28). 4. La cessione del quinto (p. 32). 5. La Centrale Rischi (pag. 35) 6. Il credito immobiliare (p. 37). 7. I contratti parabancari. 8. Il contratto di finanziamento garantito dalla cessione del quinto (p. 56). 9. L'azione collettiva risarcitoria (p. 70) 10. L'appello nel giudizio di classe a tutela dei consumatori (p. 79). 11. La tutela individuale del consumatore al di fuori del codice del consumo (p. 96). 12. I contratti aleatori. Le rendite vitalizie (p. 107). 13. I contratti aleatori . I contratti dia ssicurazione (p. 117). 14. La disciplina del contratto di assicurazione in Italia (p. 139). 15. Le polizze vita (p. 159). 16. Approfondimento. Le polizze United Linked . 17 . La Clausola Claims Made . 18. Negoziazione assistista (p. 174). 19. La transazione (p. 226)

Da Filo diritto – Giorgio Saccone

## **1. I contratti del consumatore**

### **INTRODUZIONE**

Oggi possiamo con certezza affermare l'esistenza di un diritto dei consumatori, diverso dal diritto privato generale, cioè dalla disciplina ordinaria contenuta nel codice civile, e questo sia per la fonte, che per i contenuti.

Le ragioni che hanno portato al consolidamento di questo corpus di norme sono essenzialmente storico-politiche. Il diritto dei consumatori, infatti, è un diritto di genesi comunitaria: non stupisce perciò che la tutela dei consumatori sia uno dei pilastri del trattato di Maastricht. D'altra parte, se vi è un mercato unico, vi deve essere anche una regolamentazione sostanzialmente omogenea negli Stati dell'Unione delle norme a protezione dei consumatori, senza la quale diverrebbe troppo complesso ed oneroso per le imprese, districarsi tra le varie discipline nazionali, e ci sarebbe un problema di eguaglianza tra i cittadini dell'Unione.

A partire dagli anni ottanta, dunque, la legislazione europea (regolamenti e, soprattutto, direttive) ha iniziato ad occuparsi dei consumatori, categoria studiata dall'analisi economica, negli anni cinquanta e sessanta, negli Stati Uniti. Le varie Direttive, emanate dal 1985 al 2000, si sono progressivamente occupate di pressoché tutti gli aspetti del contratto del consumatore e si sono stratificate, formando un vero e proprio corpus normativo: mentre infatti alcune si sono occupate del contratto del consumatore in generale; altre hanno disciplinato singoli specifici contratti dei consumatori che presentassero caratteristiche peculiari.

Il nostro ordinamento ha recepito le varie Direttive, via via che venivano emanate, con leggi speciali, ed il moltiplicarsi dei testi di legge ha determinato crescenti difficoltà di coordinamento e pronto reperimento della disciplina normativa da applicare.

Per riorganizzare la materia, dunque, il Legislatore, nel 2005, ha emanato il c.d. Codice del consumo (Dlgs. 6 settembre 2005 n. 206).

### **IL COORDINAMENTO TRA CODICE DEL CONSUMO E CODICE CIVILE**

Il primo problema che si pone all'attenzione dell'interprete è quello del rapporto tra la disciplina del contratto in generale, come prevista nel Codice Civile, e quella delineata dal Codice di consumo per il contratto del consumatore: la dottrina ha tuttavia ormai chiarito che la corretta risposta a questo interrogativo è che il contratto del consumatore deve considerarsi solo una peculiare tipologia di negozio a cui si applica, pertanto, oltre alla disciplina generale del contratto, quella speciale prevista dal Codice di consumo per i contratti conclusi dai consumatori.

Non deve trascurarsi di osservare, tuttavia, che il coordinamento non è sempre facile, perchè la logica sottesa alle disposizioni del Codice Civile e quella che sta dietro al Codice del consumo sono antitetiche: per il Codice Civile, infatti, il contratto è un accordo tra soggetti che sono pari tra loro; le Direttive europee ed il Codice del consumo che le ha recepite partono invece da una concezione di disequilibrio nel rapporto contrattuale tra professionista (l'imprenditore) e consumatore (il cliente), in

cui la posizione debole di quest'ultimo giustifica la protezione che la legge gli accorda. Questo può creare delle discrasie e dei conflitti tra i rimedi del Codice del consumo e quelli del Codice Civile, che sono oggetto di riflessione in dottrina e costituiscono materia di lavoro per la giurisprudenza.

### L'AMBITO SOGGETTIVO

Passando più nel dettaglio ad esaminare il contratto del consumatore, è d'uopo preliminarmente precisarne l'ambito soggettivo.

I contratti di cui ragioniamo, infatti, sono solo quelli conclusi tra due parti soggettivamente qualificate: uno dei soggetti deve essere un professionista (cioè un soggetto che vende beni o servizi sul mercato nell'esercizio di una attività professionale di cui non rilevano le dimensioni: caso classico l'imprenditore); l'altro soggetto deve essere un consumatore o utente (cioè un soggetto che compra il bene o utilizza il servizio al di fuori di una attività professionale, per soddisfare un proprio bisogno esistenziale).

La definizione dei soggetti interessati dal contratto è quindi ancorata ad un dato finalistico e imperniata sullo scopo perseguito dai soggetti. In particolare quello del consumatore deve essere assolutamente estraneo all'impresa o professione che eventualmente svolge.

### LA TUTELA

In secondo luogo, bisogna soffermare l'attenzione sull'articolo 2 del Codice di Consumo, in cui vengono elencati, quasi alla stregua di un "bill of rights", i diritti del consumatore, ed in cui accanto a diritti come la sicurezza, l'adeguata informazione, la pubblicità, importanti ma non rivoluzionari, il comma 2 dell'articolo 2 individua diritti che hanno un fortissimo impatto sui tradizionali principi che hanno da sempre ispirato il diritto privato generale. Più precisamente alla lettera e) si legge che ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come diritti fondamentali la correttezza, la trasparenza e l'equità nei rapporti contrattuali: la qual cosa pone il problema di definire più compiutamente a cosa alluda il termine "equità".

L'equità che ha in mente il legislatore del Codice del consumo non ha certo a che fare con il prezzo praticato al consumatore: sotto questo aspetto l'autonomia privata non può essere limitata, neppure nel contratto del consumatore. Come la dottrina ha ormai chiarito equità nei rapporti contrattuali non significa che questi contratti debbano riportare prezzi "giusti", ma significa piuttosto che il rapporto contrattuale di cui il consumatore è protagonista, non deve essere disequilibrato, non dal punto di vista economico, ma dal punto di vista della regolamentazione, cioè del così detto equilibrio normativo. Si ha disequilibrio normativo nella situazione in cui il consumatore è svantaggiato perché alcune clausole del contratto gli addossano rischi, gli impediscono di esercitare diritti o rimedi, in una parola lo penalizzano dal punto di vista del regolamento contrattuale.

L'attenzione si sposta, quindi, a questo punto, sull'articolo 33 del Codice del consumo, che si occupa delle clausole abusive nei contratti del consumatore. Nella pratica il consumatore non negozia le clausole del contratto ma decide se aderire o meno ad un regolamento contrattuale che è predisposto dal professionista (ed è normale che sia

così perché l'impresa ha bisogno di contratti standardizzati). Il Codice del consumo pone allora dei paletti circa le clausole che l'imprenditore può legittimamente inserire nel contratto, conservando un equilibrio normativo tra le parti sanzionando le clausole abusive (ovvero vessatorie): quelle clausole cioè che penalizzano in modo intollerabile il consumatore.

L'art. 33 co 1 precisa al proposito che sono vessatorie le clausole che, contrariamente alla buona fede (cioè ledendo il principio di correttezza contrattuale), determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Poiché, però, una definizione così ampia potrebbe dare incertezze nella tutela, il secondo comma dell'art. 33 elenca anche una serie di clausole presuntivamente vessatorie.

La sanzione prevista per le clausole abusive è la nullità (parziale, relativa). La nullità è parziale perché colpisce solo la clausola vessatoria e non tutto il contratto. E' poi relativa, perché la nullità della clausola può essere fatta valere solo dal consumatore o può essere rilevata d'ufficio dal giudice a suo vantaggio (c.d. nullità di protezione).

Il professionista può vincere la presunzione del secondo comma dell'articolo 33, solo dimostrando che la clausola stessa è stata oggetto di una trattativa contrattuale tra professionista e consumatore, e per evitare abusi, la giurisprudenza ha chiarito che non è sufficiente per la prova che effettivamente vi è stata una trattativa, la dichiarazione in tal senso sottoscritta dal consumatore.

Vi sono tuttavia delle categorie di clausole che la legge considera nulle in ogni caso. In queste ipotesi, pertanto, il professionista non potrà essere mai ammesso alla prova contraria, che cioè non generano uno squilibrio tra i diritti ed i doveri delle parti.

**Il Codice del consumo** pertanto individua due tipi di clausole vessatorie:

- a) quelle che si reputano vessatorie (e quindi nulle) fino a prova contraria;
- b) quelle che si reputano sempre e comunque nulle.

Il giudice, comunque, nel valutare se una clausola sia o meno vessatoria nel senso precisato, incontra pur sempre i limiti di cui all'art. 34 del Codice del consumo, che stabilisce che "...la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile...": ciò implica che se i predetti elementi (l'oggetto del contratto e l'adeguatezza del corrispettivo) non possono essere utilizzati per compiere l'accertamento circa l'idoneità delle singole pattuizioni a generare lo squilibrio contrattuale indicato dall'art. 33, comma I, ma anche che se tali elementi non sono individuati in "modo chiaro e comprensibile" la valutazione della vessatorietà della clausola potrà riguardare anche l'oggetto ed il corrispettivo.

**Non possono mai essere considerate vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea. Una serie di eccezioni all'elencazione di cui all'art. 33, comma II, Codice del consumo, sono poi previste nei commi 3-6 del medesimo articolo.**

## **LA CHIAREZZA E LA TRASPARENZA NEI CONTRATTI DEL CONSUMATORE**

Il Codice del consumo prevede altresì che le clausole del contratto debbano essere redatte in modo chiaro e comprensibile (articolo 35): la norma però non prevede una sanzione specifica per la violazione di questo precetto. Si applicherà allora il principio (articolo 35 comma 2) della interpretatio contra stipulatorem, per cui, in caso di dubbio, la clausola andrà interpretata nel senso più favorevole al consumatore e contro il professionista, che è colui che predispone il contratto (si veda l'articolo 1367 cc.).

## **LA TUTELA COLLETTIVA**

I consumatori possono agire anche collettivamente contro le clausole vessatorie, per chiedere che il giudice disponga la cancellazione delle clausole abusive da tutti i contratti dell'imprenditore/professionista. Le associazioni dei consumatori (dei professionisti e le camere di commercio) possono infatti convenire in giudizio, anche con procedure d'urgenza, il professionista (o l'associazione di professionisti) che utilizzano condizioni generali di contratto abusive e richiedere al giudice che inibisca l'uso delle clausole abusive o vessatorie. Della sentenza di condanna può essere ordinata la pubblicazione in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale.

## **I BENI DI CONSUMO**

Oltre a queste regole generali valevoli per tutti i contratti del consumatore, nel Codice del consumo vi è anche una sorta di parte speciale, che si occupa di singoli contratti che presentano proprie peculiarità.

Più in particolare, il Legislatore, consapevole dell'inadeguatezza della disciplina codicistica dettata con riferimento ai contratti di vendita, appalto, somministrazione ecc., è intervenuto con il D.Lgs 2.2.2002, n. 24 che ha introdotto gli artt. 1519 bis e ss. del c.c., il cui contenuto è stato in seguito trasfuso, con qualche adattamento, nel Codice del consumo che oggi è la fonte di riferimento applicabile.

Il Capo I del Titolo III del Codice del consumo, infatti, prevede infatti particolari garanzie per il consumatore che acquisti beni di consumo. Più precisamente, la legge stabilisce (art. 129) che il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore un bene conforme al contratto stipulato e la conformità del bene si presume se ricorrono alcuni requisiti specificamente indicati dalla legge stessa, è cioè se i beni:

- sono idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo;
- sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello;
- presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura;
- sono idonei all'uso particolare voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che

il venditore abbia accettato anche per fatti concludenti (cioè attraverso un comportamento che inequivocabilmente manifesti la volontà di accettare tale esigenza).

Se il consumatore era a conoscenza del difetto oppure non poteva ignorarlo usando l'ordinaria diligenza (oppure se il difetto deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore stesso) non trova applicazione la tutela prevista dal Codice del consumo (art. 129). Qualora per converso sia accertato il difetto di conformità spettano al consumatore una serie di rimedi: potrà chiedere la riparazione o la sostituzione del bene, una riduzione del prezzo oppure la risoluzione del contratto.

La responsabilità del venditore (e più in generale del fornitore del bene o del servizio) sussiste se il difetto di conformità si manifesta entro due anni dalla vendita del bene stesso. In ogni caso (come previsto dalla disciplina generale del contratto di vendita) i difetti di conformità devono essere denunciati dal consumatore entro due mesi dalla scoperta, a meno che il venditore non abbia riconosciuto l'esistenza dello stesso oppure lo abbia tenuto nascosto.

Per denuncia si intende la contestazione rivolta al venditore del lamentato difetto: se non è effettuata entro il termine stabilito dalla legge si decade dalla garanzia (art. 132) e non è dunque più possibile valersi delle tutele predisposte dalla legge.

In ogni caso l'azione per ottenere la garanzia deve essere esperita nel termine di ventisei mesi dalla consegna del bene, pena l'estinzione del diritto per prescrizione (art. 132, comma IV).

Talvolta il venditore (o il fornitore del servizio), offre una ulteriore garanzia di natura convenzionale, più estesa di quella legale, che si denomina "convenzionale" (per distinguerla appunto da quella legale), che "...vincola chi la offre secondo le modalità indicate nella dichiarazione di garanzia medesima o nella relativa pubblicità..." (art. 133).

Questa garanzia dovrà essere data per iscritto o su altro supporto duraturo accessibile al consumatore e dovrà indicare:

- la specificazione che il consumatore è titolare dei diritti previsti dal Codice del consumo e che la garanzia medesima lascia impregiudicati tali diritti;
- in modo chiaro e comprensibile l'oggetto della garanzia e gli elementi essenziali necessari per farla valere, compresi la durata e l'estensione territoriale della garanzia, nonché il nome o la ditta e il domicilio o la sede di chi la offre.

In ogni caso la garanzia che non risponde a questi requisiti rimane comunque valida e il consumatore può continuare ad avvalersene ed esigerne l'applicazione.

## **CONTRATTI CONCLUSI FUORI DAI LOCALI COMMERCIALI E CONTRATTI A DISTANZA**

Da tempo, anche nel nostro paese, le tecniche commerciali si sono affinate divenendo più aggressive: oggi vengono stipulati contratti invadendo con la proposta commerciale la sfera privata del consumatore, o sorprendendolo mentre è per strada o è occupato in altre faccende.

Per offrire una tutela compiuta al consumatore da contratti indesiderati, dovuti all'espressione di un consenso non sufficientemente ponderato, il nostro ordinamento si era dotato di due provvedimenti normativi:

- il Dlgs. 15.1.1992 n. 50 che ha disciplinato i c.d. contratti conclusi fuori dai locali commerciali;
- il Dlgs. 22.5.1999 n. 185 sui contratti a distanza.

I principi contenuti in questi due testi sono poi confluiti (con alcune non trascurabili modifiche) nel Codice del consumo.

Rientrano nella categoria dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali quelli stipulati:

- durante la visita al domicilio del consumatore (o di un altro consumatore ovvero sul posto di lavoro del consumatore o nei locali nei quali il consumatore si trovi, anche temporaneamente, per motivi di lavoro, di studio o di cura);
- durante una escursione organizzata al di fuori dei propri locali commerciali;
- in area pubblica o aperta al pubblico, mediante la sottoscrizione di una nota d'ordine, a prescindere dalla denominazione di quest'ultima;
- per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza del professionista.

Rientrano invece nella categoria dei contratti a distanza quelli che hanno ad oggetto beni o servizi e che sono stati stipulati nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal professionista che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso (ad esempio quelli conclusi con gli operatori telefonici di call center oppure i contratti conclusi via internet). Affinché operino le garanzie previste dal Codice del Consumo, tuttavia, è sempre necessario che si tratti di contratti conclusi tra un professionista e un consumatore.

Sia in ambito di contratti a distanza che di contratti conclusi fuori dai locali commerciali, il principale strumento di tutela offerto al consumatore è rappresentato dal diritto di recesso o *ius poenitendi* (artt. 64 e ss. del Codice del consumo), che consiste nella facoltà, accordata esclusivamente al consumatore, di sottrarsi unilateralmente e senza dover fornire alcuna spiegazione, agli impegni contrattuali, mediante una dichiarazione scritta da inviare al professionista a mezzo lettera raccomandata nel termine di dieci giorni lavorativi. La comunicazione può essere inviata, entro lo stesso termine, anche mediante telegramma, telex, posta elettronica e fax, a condizione che sia confermata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento entro le quarantotto ore successive. Il termine di dieci giorni lavorativi ha poi una decorrenza diversa a seconda del tipo di contratto sottoscritto.

La legge impone al professionista un onere di informazione al consumatore su quelli che sono i suoi diritti, che è evidentemente strumentale al libero esercizio del recesso da parte di quest'ultimo.

Il professionista, infatti, prima della conclusione del contratto, deve informare il consumatore delle caratteristiche del contratto (contenuto economico, caratteristiche

del bene o servizio, etc.), ma soprattutto, quando il contratto si sia concluso fuori dai locali commerciali, ovvero quando il contratto si sia concluso attraverso una tecnica di comunicazione a distanza (telefono, fax, internet, etc), deve avvisare il consumatore del diritto di recedere entro 10 giorni dalla conclusione de contratto.

Nel caso in cui il professionista non abbia soddisfatto questo gli obbligo informativo (artt. 47 e 52 del Codice del consumo), il termine di dieci giorni diviene:

- di sessanta giorni per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali;
- di novanta giorni per i contratti a distanza.

I predetti termini decorrono:

- per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore;
- per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto .

Inoltre, sempre nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali o a distanza, il professionista deve dare copia al consumatore del contratto, che, dunque, deve essere scritto. Tale obbligo non è però specificamente sanzionato.

#### **IL COMMERCIO ELETTRONICO**

Una disciplina speciale, collocata fuori dal Codice del consumo, è dedicata ai contratti del commercio elettronico (Dlgs 70/2003, attuativo della Dir. 2000/31/CE), particolarmente insidiosi per le particolari modalità con cui viene espresso il consenso. Anche per i contratti del commercio elettronico, essendo contratti a distanza, è previsto il recesso di pentimento il cui termine decorre dalla conclusione del contratto, ma vi sono ulteriori diritti legati al particolare ambiente telematico. L'articolo 13 del Dlgs 70/2003, infatti, prevede che al consumatore debba essere recapitata per via telematica una copia dell'ordine che lui ha inviato, e che il contratto si conclude solo nel momento in cui tale ricezione sia avvenuta. Ciò al fine di rendere edotto il consumatore del significato giuridico di ciò che ha fatto e permettergli eventualmente il recesso (nella conferma dell'ordine ci deve essere infatti l'informativa sul recesso e il riepilogo delle condizioni del contratto).

#### **CENNO AI CONTRATTI ASIMMETRICI**

Bisogna, a questo punto, dare conto del fatto che, oggi, non è solo il consumatore a poter essere parte debole del contratto. Vi sono infatti degli imprenditori "deboli" (perché ad esempio fornitori di beni che hanno un unico cliente, la grossa impresa) a cui la dottrina che studia i contratti asimmetrici si domanda se si possano estendere le tutele previste per il consumatore. Mentre a livello europeo, infatti, esiste solo una normativa di tutela del consumatore, il legislatore italiano con la normativa sulla subfornitura (L. 192/98), sembra aver preso una direzione diversa: vuole infatti fornire protezione ad un imprenditore (il subfornitore) che lavora con un altro imprenditore (il committente), ma si trova rispetto a quest'ultimo in una situazione di debolezza economica (esempio l'imprenditore che produce un pezzo dei tergitristalli della ditta automobilistica X, lavorando su un progetto elaborato dall'impresa automobilistica, con i tempi da questa dettati e per i quantitativi richiesti: se la X smette di lavorare con lui, deve chiudere), perché non ha alternative di mercato. Vi è infatti una disposizione della legge, l'articolo 9, che prevede il divieto di abuso di dipendenza economica, cioè dell'approfittamento che la parte forte faccia della

situazione di debolezza del subfornitore: sicché il subfornitore può chiedere che sia dichiarata la nullità delle clausole contrattuali che concretizzino un abuso di dipendenza economica, e comunque il risarcimento del danno.

Su questo articolo 9, pertanto, dottrina e giurisprudenza hanno avviato una seria riflessione: nel panorama normativo è infatti riconosciuta una nuova categoria di soggetti deboli, i subfornitori, appunto, che si affianca a quella tradizionale dei consumatori.

**marzo 2008**

**L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari, di Valerio Sangiovanni, Avvocato in Milano e Rechtsanwalt in Francoforte sul Meno**

**SOMMARIO 1. Introduzione; 2. La nozione di “commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori”; 3. L'informazione dei consumatori in generale; 4. Il contenuto delle informazioni da fornirsi ai consumatori**

### **1. Introduzione**

Il recente d.lgs. n. 221 del 2007 ha apportato alcune modifiche al codice del consumo<sup>1</sup>. In particolare l'art. 9 d.lgs. n. 221 del 2007 introduce i nuovi articoli da 67-*bis* a 67-*vicies bis*, con i quali il codice del consumo si arricchisce di una nuova sezione IV-*bis*<sup>2</sup> dedicata alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori<sup>3</sup>. Si tratta di una sezione corposa, in quanto gli articoli che vanno a incrementare il codice del consumo sono ben 21.

L'origine delle disposizioni degli artt. 67-*bis* ss. c.cons. è il diritto comunitario. Le corrispondenti norme sono state difatti introdotte nel diritto italiano, per la prima volta, in attuazione della direttiva n. 65 del 2004. La sezione IV-*bis* c.cons. non contiene disposizioni nuove per l'ordinamento italiano. Le relative norme erano contenute, fino alla recente trasposizione nel codice del consumo, nel d.lgs. n. 190 del 2005. L'art. 21 d.lgs. n. 221 del 2007 abroga però il d.lgs. n. 190 del 2005 e le disposizioni che erano contenute in quest'ultimo decreto sono state inserite negli artt. 67-*bis* ss. c.cons.

### **2. La nozione di “commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori”**

È utile iniziare l'analisi dallo stesso titolo della sezione IV-*bis*, avente a oggetto la “commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori”. Bisogna esaminare le nozioni di: 1) servizio finanziario; 2) consumatore; 3) commercializzazione a distanza.

Per “servizio finanziario” si intende “qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale” (art. 67-*ter* comma 1 lett. *b* c.cons.). La nozione di servizio finanziario è dunque particolarmente ampia e va ben al di là dei singoli elementi che ne costituiscono il

fondamento: “bancario”, “creditizio”, “di pagamento”, “di investimento”, “di assicurazione”, di “previdenza individuale”.

Questa definizione di servizio finanziario vale ai fini della sezione IV-*bis* c.cons.

Essa deve convivere: *a)* con eventuali altre definizioni contenute in altre parti del codice del consumo; *b)* con eventuali altre definizioni contenute in altri testi normativi. Sotto il primo profilo bisogna porre attenzione all’art. 3 c.cons., il quale è rubricato “definizioni”. Qui si trovano le definizioni di “consumatore o utente”, “associazioni dei consumatori e degli utenti”, “professionista”, “produttore”, “prodotto” e “codice”. Non si rinviene dunque, nell’art. 3 c.cons., una definizione di servizio finanziario.

La definizione di servizio finanziario va però conciliata anche con le eventuali altre definizioni previste in altri testi normativi. Ad esempio, si pensi all’art. 1 comma 5 d.lgs. n. 58 del 1998 il quale contiene la definizione di “servizio e attività di investimento”: “per servizi e attività di investimento si intendono i seguenti, quando hanno per oggetto strumenti finanziari:

- negoziazione per conto proprio;
- esecuzione di ordini per conto dei clienti;
- sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell’emittente;
- collocamento senza assunzione a fermo né assunzione di garanzia nei confronti dell’emittente; *d)* gestione di portafogli;
- ricezione e trasmissione di ordini;
- consulenza in materia di investimenti; *g)* gestione di sistemi multilaterali di negoziazione”.

Il servizio finanziario è peraltro nozione di ampiezza maggiore rispetto a quella di servizio d’investimento, comprendendo ad esempio anche i servizi di natura bancaria e creditizia.

La seconda espressione di cui il legislatore si avvale nella rubrica della sezione IV-*bis* è quella di consumatore. Per “consumatore” si intende qualunque soggetto di cui all’art. 3 comma 1 lett. *a* c.cons. (art. 67-*ter* comma 1 lett. *d* c.cons.).

Secondo questa disposizione di carattere generale (nel senso di valevole per tutto il codice del consumo) “consumatore” o utente è “la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta” (art. 3 comma 1 lett. *a* c.cons.)<sup>6</sup>.

La nuova sezione IV-*bis* c.cons. disciplina la “commercializzazione a distanza”. Il codice del consumo non contiene però la definizione di “commercializzazione a distanza”, bensì solo quella di “contratto a distanza”. Bisogna rilevare che “commercializzazione” è un’espressione non diffusa nella terminologia classica del diritto civile italiano. In alternativa si sarebbe potuto usare il termine “vendita”. Si è tuttavia ritenuta tale espressione inadeguata rispetto ai servizi, per i quali è più appropriato parlare di “erogazione” o di “prestazione” che di “vendita”, termine che si attaglia invece meglio alla cessione di beni<sup>7</sup>.

Nel codice del consumo si rinvencono due definizioni di contratto a distanza, una dettata nel contesto dei servizi finanziari e una di carattere generale. Nel contesto dei servizi finanziari per “contratto a distanza” si intende “qualunque contratto avente per oggetto servizi finanziari, concluso tra un fornitore e un consumatore ai sensi dell’art. 50, comma 1, lettera *a*” (art. 67-*ter* comma 1 lett. *a* c.cons.). In generale per contratto a distanza si intende “il contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un professionista e un consumatore nell’ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal professionista che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso” (art. 50 comma 1 lett. *a* c.cons.). L’art. 67-*ter* comma 1 lett. *a* c.cons. richiama l’art. 50 comma 1 lett. *a* c.cons. Per il resto la sezione relativa ai contratti a distanza (artt. 50-61 c.cons.) non si applica ai contratti a distanza relativi ai servizi finanziari di cui agli artt. 67-*bis* ss. c.cons. (art. 51 lett. *a* c.cons.).

La definizione di contratto a distanza si caratterizza per l’elemento della “organizzazione”. Deve cioè sussistere un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza “organizzato”. Questo elemento vale a escludere dalla definizione di contratto a distanza il contratto concluso occasionalmente<sup>8</sup>. Manca peraltro, nell’art. 50 comma 1 lett. *a* c.cons., una definizione di “sistema (di vendita o di prestazione di servizi a distanza) organizzato”, per cui potrebbe risultare nella prassi non facile distinguere fra prestazione organizzata e prestazione occasionale. Bisogna tuttavia rilevare che il testo del considerando n. 18 della direttiva n. 65 del 2002 fa riferimento a una occasionalità “stretta”. Da questo dato testuale si può ricavare che anche un minimo di organizzazione basta a elevare il fornitore a soggetto cui è applicabile la direttiva. Un’interpretazione del genere favorisce la tutela dei consumatori.

Altro elemento caratterizzante il contratto a distanza è la “esclusività” delle tecniche di comunicazione a distanza. Tale esclusività, come risulta dal considerando n. 15 della direttiva n. 65 del 2002<sup>9</sup>, riguarda sia la fase della negoziazione sia la fase della conclusione del contratto. Se si verificano degli incontri di persona fra le parti, ciò - in linea di principio - esclude la natura di contratto a distanza. È stata però suggerita un’interpretazione non eccessivamente rigida. Il criterio discrezionale che viene proposto è quello della natura dell’incontro fisico che avviene fra le persone<sup>10</sup>. Se questo incontro ha carattere occasionale e, soprattutto, se non consente di chiarire tutti gli aspetti del rapporto contrattuale, allora esso potrebbe essere ritenuto non sufficiente a far venir meno la natura “a distanza” dell’operazione e la conseguente tutela di cui gode il consumatore.

### **3. L’informazione dei consumatori in generale**

Alcuni articoli della nuova sezione IV-*bis* sono dedicati all’informazione del consumatore. L’informazione costituisce un elemento importante per la tutela dell’utente<sup>11</sup>. I soggetti attivi sul mercato non godono tutti dello stesso livello informativo.

Esistono asimmetrie che tendono ad avvantaggiare il contraente forte a scapito del contraente debole. Più la materia è tecnica e complessa, maggiori tendono a essere le asimmetrie informative. I settori assicurativo, bancario e finanziario ne costituiscono un significativo esempio. I regolatori cercano di ridurre queste asimmetrie. La finalità ultima è quella di realizzare mercati più efficienti, fondati su una ragionevole fiducia dei contraenti deboli nei confronti dei contraenti forti.

Nel settore dei contratti a distanza, l'informazione è ancora più importante, in quanto manca il contatto personale fra i soggetti interessati.

Della importanza dell'informazione per la tutela del consumatore è consapevole anzitutto il legislatore europeo, il quale prevede che la Comunità contribuisce a promuovere il diritto dei consumatori all'informazione (art. 153 del Trattato che istituisce la Comunità europea). Più specificamente nel contesto della direttiva n. 65 del 2002 i considerando nn. 2112 e 2313 sottolineano l'importanza dell'informazione. Attesa l'importanza dell'informazione per la tutela del consumatore, essa viene prevista e regolata in diversi passaggi del codice del consumo. La prima disposizione che si deve menzionare è l'art. 2 c.cons., il quale elenca fra i diritti fondamentali dei consumatori il diritto a un'adeguata informazione (art. 2 comma 2 lett. c c.cons.). Il codice del consumo prevede poi che "sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi costituiscono contenuto essenziale degli obblighi informativi" (art. 5 comma 2 c.cons.). La legge specifica inoltre che "le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore" (art. 5 comma 3 c.cons.).

Rispetto ad altri settori, nella materia dei servizi finanziari le informazioni sono di centrale rilevanza per una ragione aggiuntiva. Dati e notizie servono non solo per il corretto instaurarsi del rapporto contrattuale fra fornitore e consumatore (funzione "privatistica"). Le informazioni sono utili anche per assicurare il buon funzionamento dei mercati finanziari (funzione "pubblicistica"). Esse consentono che vengano effettuate consapevoli scelte d'investimento e rafforzano dunque la fiducia dei consumatori nell'efficienza dei mercati. La direttiva n. 39 del 2004, recentemente attuata nel diritto italiano, dedica ampio spazio agli obblighi informativi delle imprese d'investimento<sup>14</sup>.

Passando all'esame del testo della legge, questa stabilisce anzitutto che "nella fase delle trattative e comunque prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta, gli sono fornite le informazioni riguardanti: a) il fornitore; b) il servizio finanziario; c) il contratto a distanza; d) il ricorso" (art 67- *quater* comma 1 c.cons.).

Dall'art. 67-*quater* comma 1 c.cons. si evince anzitutto che le informazioni vanno fornite nel corso delle trattative e prima che il contratto si concluda. Al riguardo è appropriato parlare di informazione "precontrattuale". L'informazione deve precedere la conclusione del contratto in quanto essa è funzionale all'espressione di un consenso consapevole. Il consumatore può prestare il proprio consenso con cognizione di causa

solo se è stato adeguatamente informato. Attesa la presenza di asimmetrie informative, soprattutto in settori a carattere particolarmente tecnico come i servizi finanziari, il contraente debole deve essere da subito adeguatamente informato da parte del contraente forte. Se il consumatore non è informato in modo appropriato, è maggiore il rischio della conclusione di un contratto che non soddisfa i suoi reali bisogni. La scelta sbagliata di concludere un contratto comporta non pochi costi<sup>15</sup>. Innanzitutto non si realizzano i benefici che erano attesi dall'operazione contrattuale. In secondo luogo il tempo sprecato può aver fatto perdere occasioni contrattuali che altrimenti sarebbero state sfruttate. Inoltre si sono affrontati inutilmente dei costi in connessione con la conclusione del contratto, anche se bisognerebbe dire che - nel caso di conclusione a distanza - tali costi normalmente non sono elevati. Infine può capitare che si debbano affrontare delle spese per rimuovere gli effetti del contratto.

Il legislatore prevede, nella disposizione in esame, due possibili momenti per la comunicazione delle informazioni. Le informazioni devono essere fornite: 1) nella fase delle trattative, 2) oppure, comunque, prima che il consumatore sia vincolato.

Idealmente dunque le informazioni vanno fornite nel corso delle trattative, in modo che il consumatore abbia la possibilità di negoziare le clausole del contratto.

Nella prassi bisogna però rilevare che il testo contrattuale è normalmente predisposto dal fornitore, cosicché è difficile che si possa realizzare una negoziazione vera e propria<sup>16</sup>. La norma consente però che le informazioni vengano messe a disposizione anche dopo le trattative (o indipendentemente dalla trattative, nel caso in cui queste non vi siano del tutto), e segnatamente nell'imminenza della conclusione del contratto.

Questa possibilità è stata criticata sulla base dell'assunto che la tutela del consumatore verrebbe, in tal modo, ridotta<sup>17</sup>. L'osservazione è corretta, ma deve tenere conto del fatto che nel caso di commercializzazione a distanza di servizi finanziari i margini di negoziazione del contenuto del contratto sono minimi. Si può allora affermare che la funzione centrale dell'informazione precontrattuale è quella di garantire l'alternativa secca fra "conclusione" oppure "non conclusione" dell'accordo. Sotto questo profilo è; tendenzialmente sufficiente che le informazioni vengano fornite prima della possibile conclusione del contratto.

Certo, idealmente, dati e notizie andrebbero forniti molto prima della conclusione del contratto, lasciando così al consumatore tutto il tempo necessario per le sue opportune riflessioni. Nella pratica, tuttavia, non è facile stabilire quale sia il lasso di tempo necessario per assicurare una scelta consapevole del consumatore. Tale periodo di tempo, del resto, varia a seconda di quelle che sono le caratteristiche del servizio offerto e le qualità personali dell'utente. In caso di servizi finanziari complessi può essere necessario parecchio tempo per comprendere appieno tutti gli elementi dell'offerta.

Infine, per giustificare la possibilità della dazione d'informazioni nell'imminenza del contratto, bisogna riflettere sul fatto che il consumatore - anche laddove avesse concluso il contratto in maniera "affrettata" - gode comunque di un diritto di recesso ai sensi dell'art. 67-*duodecies* c.cons. (entro un termine di 14 giorni senza penali e senza dover indicare il motivo). Nel complesso, dunque, anche se le informazioni vengono

date solo nell'imminenza della conclusione del contratto, il consumatore appare sufficientemente tutelato.

Vi è poi il problema di capire quando un contratto a distanza si possa considerare concluso. La problematica è rilevante anche perché dalla conclusione del contratto decorre, di norma, il termine per esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 67-*duodecies* c.cons. La questione non è precisata dal legislatore e in tema si confrontano essenzialmente due tesi<sup>18</sup>. Secondo una prima opinione, il momento rilevante è quello in cui il fornitore riceve l'ordine del consumatore. Secondo una seconda opinione, la conclusione del contratto avverrebbe in un momento successivo, quando il fornitore conferma al consumatore di avere ricevuto l'ordine. La prima tesi pare essere più convincente. Anzitutto il legislatore prevede da quando decorre il termine per l'esercizio del diritto di recesso e stabilisce che esso decorre "dalla data della conclusione del contratto, tranne nel caso delle assicurazioni sulla vita, per le quali il termine comincia a decorrere dal momento in cui al consumatore è comunicato che il contratto è stato concluso" (art. 67-*duodecies* comma 3 lett. *a* c.cons.). Da questa disposizione si evince che, di norma, una comunicazione del fornitore che il contratto è stato concluso non è necessaria. Solo nel caso di assicurazioni sulla vita tale comunicazione è richiesta.

Di regola il contratto si conclude in un momento anteriore. In secondo luogo questa soluzione può ritenersi preferibile per il fatto che essa tende ad assicurare una migliore tutela del consumatore, nel senso che il contratto è concluso indipendentemente da un'ulteriore attività di conferma da parte del fornitore. Il legislatore, dopo avere enunciato la tempistica della dazione d'informazioni, elenca le categorie d'informazioni da fornirsi, che vengono specificate nei quattro articoli successivi (art. 67-*quinquies*, 67-*sexies*, 67-*septies* e 67-*octies* c.cons.). Il livello di dettaglio cui giunge il legislatore è stato criticato in dottrina<sup>19</sup>. Per quanto la legge cerchi di essere specifica, non è difatti possibile individuare a priori tutte le possibili informazioni che possono assumere rilevanza per il consumatore. La necessità del ricorso a clausole generali, nel determinare esattamente quali informazioni vanno fornite, rimane dunque ferma. La legge stabilisce che le informazioni, "il cui fine commerciale deve risultare in maniera inequivocabile, sono fornite in modo chiaro e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata, tenendo debitamente conto in particolare dei doveri di correttezza e buona fede nella fase precontrattuale" (art. 67-*quater* comma 2 c.cons.). L'analisi di questa disposizione consente di enucleare tre regole cui si devono attenere i fornitori.

La prima regola che si evince da questa disposizione è la necessità di enunciare la finalità della dazione d'informazioni. Il consumatore deve essere consapevole che il fine delle stesse è commerciale. Questo non significa, peraltro, che le informazioni possano essere incomplete oppure contrarie a verità.

La seconda regola cui devono attenersi i fornitori, ai sensi della disposizione in esame, è che le informazioni devono essere fornite in modo "chiaro" e "comprensibile". I termini chiarezza e comprensibilità sono peraltro, probabilmente, da intendersi come sinonimi e indicano la necessità che le informazioni sia immediatamente capibili da un

destinatario medio. Al riguardo non rileva il mezzo con cui dati e notizie vengono comunicati. Mancano però, nella disposizione, alcune specificazioni che - per la loro importanza - si dovrebbero considerare come ovvie: non si dice cioè che l'informazione deve essere completa e veritiera. La tutela del consumatore sarebbe pressoché azzerata se il fornitore fosse abilitato a fornire informazioni incomplete o inveritiere.

Stante il silenzio della norma in merito a questo punto specifico, la necessità di completezza e verità si desume dal richiamo operato a correttezza e buona fede.

La terza regola cui si devono attenere i fornitori e che risulta dalla disposizione in esame è il rispetto dei doveri di correttezza e buona fede. In questo modo viene effettuato un richiamo, anche se non esplicito, all'art. 1337 c.c., secondo cui "le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede". L'art. 1337 c.c. trova in ogni caso applicazione ai contratti a distanza aventi a oggetto servizi finanziari. In questo senso milita l'art. 38 c.cons. che fa salve le disposizioni del codice civile in funzione integrativa. Il richiamo a correttezza e buona fede nell'art. 67-*quater* comma 2 c.cons. sembrerebbe dunque essere quasi ridondante.

Correttezza e buona fede implicano, in prima istanza, di comunicare alla controparte tutte le informazioni rilevanti che si hanno a disposizione (*requisito della completezza*). Gli artt. 67-*quinquies*, 67-*sexies*, 67-*septies* e 67-*octies* c.cons. non fanno altro che specificare, nel particolare contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari, quali siano questi obblighi informativi derivanti da correttezza e buona fede. Potrebbe verificarsi il caso in cui la fornitura di tutte le informazioni richieste da tali articoli di legge non basti.

Certo, la lettura di queste disposizioni evidenzia come si tratti di un catalogo dettagliato ed è difficile pensare che, operando nel rispetto di esso, possano essere omessi dati e notizie rilevanti. Il legislatore si preoccupa però della sostanza delle cose e non del dato formale. Può cioè accadere che anche l'adempimento formalmente corretto di quanto richiesto dalle disposizioni menzionate non sia sufficiente a realizzare un' informativa secondo correttezza e buona fede. Questi principi potrebbero imporre di fornire informazioni ulteriori. Oppure potrebbero imporre di dare maggior peso ai dati e alle notizie che sono effettivamente rilevanti per la scelta del consumatore rispetto ad altre informazioni d'importanza secondaria. I principi di correttezza e buona fede implicano, in seconda istanza, di non comunicare alla controparte informazioni contrarie a verità (*requisito della verità*).

È stato rilevato che l'art. 67-*quater* c.cons. omette di disciplinare le informazioni che devono essere fornite al consumatore dopo la conclusione del contratto<sup>20</sup>.

Tanto è vero che la disposizione è rubricata "informazione del consumatore *prima* della conclusione del contratto a distanza". Le informazioni da rendersi prima della conclusione del contratto tendono a essere più importanti delle informazioni da rendersi in pendenza del rapporto contrattuale. Difatti l' informativa precontrattuale serve a determinare l'espressione del consenso del consumatore, almeno sotto due profili. In primo luogo il consumatore può decidere se concludere o meno il contratto.

In secondo luogo il consumatore può (almeno teoricamente), una volta ricevute le opportune informazioni, negoziare le condizioni contrattuali. Pur essendo, per queste ragioni, certamente più importanti le informazioni che precedono la conclusione del contratto, non si può tuttavia negare che - anche in pendenza di contratto - un'adeguata informazione del consumatore può rivelarsi importante.

L'osservazione per cui il legislatore ha ommesso di disciplinare l'informazione durante il rapporto contrattuale conosce peraltro una parziale eccezione nell'art. 67-*bis* comma 2 alinea 3 c.cons. Tale rilievo deve inoltre fare i conti con la circostanza che la disciplina dettagliata dettata dagli artt. 67-*bis* ss. c.cons. non fa venire meno l'applicazione dei principi generali. L'art. 38 c.cons. prevede che, per quanto non previsto dal codice del consumo, "ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile".

L'art. 38 c.cons. sancisce così l'applicazione in via integrativa del codice civile.

Ora: fra le disposizioni del codice civile va annoverato l'art. 1375 c.c., secondo cui "il contratto deve essere eseguito secondo buona fede". Dall'applicazione di questa disposizione deriva che il fornitore, anche durante lo svolgimento della relazione contrattuale (e non solo prima della conclusione del contratto), è tenuto a fornire informazioni al consumatore. Certo, non vi sono previsioni dettagliate come quelle degli artt. 67-*quinquies*, 67-*sexies*, 67-*septies* e 67-*octies* c.cons. in merito ai contenuti dell'informazione, ma - ciò nonostante - il fornitore che ometta informazioni ragionevolmente rilevanti in pendenza di contratto può essere ritenuto responsabile nei confronti del cliente.

È condivisibile, in linea di principio, l'auspicio di una regolamentazione della questione dell'informativa in pendenza di contratto su base volontaria da parte degli operatori di settore<sup>21</sup>. Tuttavia, anche in mancanza d'iniziativa del genere, il consumatore trova - ad avviso di chi scrive - sufficiente tutela nel codice civile.

La disposizione in commento continua occupandosi di profili di legge applicabile.

Si prevede difatti che "le informazioni relativi agli obblighi contrattuali, da comunicare al consumatore nella fase precontrattuale, devono essere conformi agli obblighi contrattuali imposti dalla legge applicabile al contratto a distanza anche qualora la tecnica di comunicazione impiegata sia quella elettronica" (art. 67-*quater* comma 3 c.cons.). La legge stabilisce inoltre che "se il fornitore ha sede in uno Stato non appartenente all'Unione europea, le informazioni di cui al comma 3 devono essere conformi agli obblighi contrattuali imposti dalla legge italiana qualora il contratto sia concluso" (art. 67-*quater* comma 4 c.cons.).

Dal punto di vista del diritto internazionale privato italiano, in materia contrattuale - in linea di principio - spetta alle parti determinare la legge applicabile al contratto. L'art. 57 l. n. 218 del 1995 rinvia alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Il principio è che il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti (art. 3 comma 1 Convenzione di Roma). Nel contratto fra fornitore e consumatore avente a oggetto servizi finanziari può così essere pattuita l'applicazione del diritto italiano oppure del diritto di un altro Paese. Per i contratti conclusi dai consumatori si prevede tuttavia una disciplina speciale: "in

deroga all'articolo 3, la scelta ad opera delle parti della legge applicabile non può aver per risultato di privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del paese nel quale risiede abitualmente" (art. 5 comma 2 Convenzione di Roma). Il legislatore è preoccupato che la legge applicabile al contratto offra meno garanzie di quelle attribuite dal diritto del luogo in cui il consumatore risiede abitualmente. La disposizione che impone di tenere conto delle disposizioni imperative dei singoli Paesi può però avere l'effetto pratico di rendere più difficile l'attività transfrontaliera dei fornitori<sup>22</sup>. Si immagini il caso di un fornitore che vuole vendere servizi finanziari in diversi Paesi dell'Unione europea. In questo caso non sarà sufficiente conformarsi alle disposizioni di legge del Paese del fornitore, ma occorrerà tenere conto delle norme imperative dei singoli Paesi in cui risiedono i destinatari dei servizi.

#### **4. Il contenuto delle informazioni da fornirsi ai consumatori**

I successivi articoli della sezione IV-*bis* si occupano di definire le informazioni che vanno fornite ai consumatori.

Un primo gruppo d'informazioni attiene al fornitore (art. 67-*quinquies* c.cons.). La legge prevede anzitutto che vanno indicate "l'identità del fornitore e la sua attività principale, l'indirizzo geografico al quale il fornitore è stabilito e qualsiasi altro indirizzo geografico rilevante nei rapporti tra consumatore e fornitore" (art. 67 *quinquies* lett. a c.cons.). Le informazioni sul fornitore servono a identificare la controparte contrattuale del consumatore. Tre sono gli elementi che vanno comunicati. In primo luogo bisogna indicare l'identità del fornitore. In secondo luogo occorre indicare l'attività principale del fornitore. In terzo luogo va indicato l'indirizzo geografico. L'indirizzo geografico va tenuto distinto da un eventuale indirizzo di posta elettronica. Non è dunque sufficiente comunicare che il fornitore è raggiungibile a un certo indirizzo di posta elettronica, ma bisogna dare un recapito geografico, al fine di garantire – in caso di necessità – una migliore raggiungibilità.

Bisogna anche indicare "l'identità del rappresentante del fornitore stabilito in Italia e l'indirizzo geografico rilevante nei rapporti tra consumatore e rappresentante, quando tale rappresentante esista" (art. 67-*quinquies* lett. b c.cons.). Questa disposizione prende atto del fatto che il fornitore potrebbe non essere presente direttamente in Italia, ma avervi solo un rappresentante. Se non vi è tale rappresentante, non sarà necessaria alcuna indicazione. Se invece vi è un rappresentante, bisogna indicarne identità e indirizzo geografico.

La legge prevede poi che occorre indicare, "se il consumatore ha relazioni commerciali con un professionista diverso dal fornitore, l'identità del professionista, la veste in cui agisce nei confronti del consumatore nonché l'indirizzo geografico rilevante nei rapporti tra consumatore e professionista" (art. 67-*quinquies* lett. c c.cons.). Nell'ipotesi in cui fra fornitore e consumatore si frapponga, a qualsiasi titolo, un professionista, bisogna fornire al consumatore adeguate informazioni su tale professionista: identità, veste in cui agisce e indirizzo geografico.

In aggiunta il legislatore impone la seguente indicazione: "se il fornitore è iscritto in un registro commerciale o in un pubblico registro analogo, il registro di commercio

in cui il fornitore è iscritto e il numero di registrazione o un elemento equivalente per identificarlo nel registro” (art. 67-*quinquies* lett. *d* c.cons.). Anche questi elementi servono per la pronta e corretta identificazione del fornitore.

Infine l’art. 67-*quinquies* c.cons. si chiude con la statuizione della necessità d’indicare, “qualora l’attività del fornitore sia soggetta ad autorizzazione, gli estremi della competente autorità di controllo” (art. 67-*quinquies* lett. *e* c.cons.).

Questa indicazione può risultare utile nel caso in cui si vogliano presentare reclami o ricorsi.

L’art. 67-*quinquies* c.cons. (informazioni relative al fornitore) non esaurisce le informazioni che devono essere date al consumatore. Un secondo gruppo d’informazioni che devono essere necessariamente fornite è quello relativo al servizio finanziario (art. 67-*sexies* c.cons.).

Anzitutto la legge impone una descrizione delle principali caratteristiche del servizio finanziario (art. 67-*sexies* lett. *a* c.cons.). In questo modo il consumatore viene messo nelle condizioni di conoscere gli elementi essenziali che caratterizzano il servizio che va a comprare.

In secondo luogo va indicato “il prezzo totale che il consumatore dovrà corrispondere al fornitore per il servizio finanziario, compresi tutti i relativi oneri, commissioni e spese e tutte le imposte versate tramite il fornitore o, se non è possibile indicare il prezzo esatto, la base di calcolo del prezzo, che consenta al consumatore di verificare quest’ultimo” (art. 67-*sexies* lett. *b* c.cons.). Il prezzo del servizio finanziario costituisce uno degli elementi fondamentali di decisione del consumatore. È importante che tale prezzo sia indicato nella sua complessità, per evitare sorprese in capo al contraente debole. Alcune volte non è possibile indicare il prezzo totale esatto. In questi casi la legge consente d’indicare la base di calcolo del prezzo. Tuttavia il legislatore effettua una specificazione importante: la base di calcolo deve consentire di verificare il prezzo. Ne deriva che la base di calcolo deve essere presentata e strutturata in modo tale che un destinatario medio sia in grado, senza particolari difficoltà, di determinare l’esatto ammontare del prezzo totale dovuto.

Occorre poi, “se del caso, un avviso indicante che il servizio finanziario è in rapporto con strumenti che implicano particolari rischi dovuti a loro specifiche caratteristiche o alle operazioni da effettuare, o il cui prezzo dipenda dalle fluttuazioni dei mercati finanziari su cui il fornitore non esercita alcuna influenza, e che i risultati ottenuti in passato non costituiscono elementi indicativi riguardo ai risultati futuri” (art. 67-*sexies* lett. *c* c.cons.).

Al riguardo bisogna rilevare che non tutti i servizi finanziari implicano lo stesso livello di rischio. Esistono alcuni servizi particolarmente rischiosi e il consumatore deve esserne reso edotto. Buona parte della giurisprudenza che si è sviluppata negli ultimi anni sui casi Argentina, Cirio e Parmalat è stata determinata dalla violazione dei doveri informativi degli intermediari finanziari<sup>23</sup>.

Uno degli obblighi violati più frequentemente è quello di comunicare al cliente tutti i rischi che il compimento dell’operazione comporta. È evidente l’importanza che ha per il consumatore essere informato sui rischi derivanti dal servizio finanziario che

acquista. Il fornitore potrebbe essere tentato di tacere tali rischi al fine di vendere più facilmente il suo prodotto e di trarne il relativo guadagno<sup>24</sup>. Il legislatore non accetta però una pratica del genere, in quanto connotata da scorrettezza e indicativa di un indebito sfruttamento delle asimmetrie informative a vantaggio del contraente forte. Vi è da chiedersi quali siano le conseguenze di un'omissione dell'informativa sui rischi. Al riguardo si deve ritenere che, almeno in certi casi, l'omissione possa essere determinante del consenso. Il fatto che vengano taciuti dei rischi può cagionare un errore in capo al consumatore, il quale conclude così un contratto che – altrimenti – non avrebbe concluso. Il rimedio ipotizzabile è, allora, l'annullamento del contratto<sup>25</sup>.

Le informazioni relative al servizio finanziario riguardano inoltre “l'indicazione dell'eventuale esistenza di altre imposte e costi non versati tramite il fornitore o non fatturati da quest'ultimo” (art. 67-*sexies* lett. *d* c.cons.). Questa lettera va letta insieme alla lett. *b*. Imposte e costi possono essere pagati direttamente dal fornitore e allora vanno a formare il prezzo totale. Può peraltro capitare che vi siano imposte e costi non pagati direttamente dal fornitore, e che – dunque – dovranno essere pagati dal consumatore. La legge esige che di tali imposte e costi il consumatore venga reso edotto.

Bisogna poi indicare qualsiasi limite del periodo entro il quale sono valide le informazioni fornite (art. 67-*sexies* lett. *e* c.cons.). Le informazioni non necessariamente hanno validità illimitata nel tempo. Il fornitore potrebbe così, dopo un certo periodo di tempo, affermare che la dichiarazioni precedentemente rilasciate si devono ritenere superate. Per evitare un esito del genere, la legge impone al fornitore d'indicare l'eventuale periodo di validità delle informazioni. Le informazioni relative al servizio finanziario riguardano anche “le modalità di pagamento e di esecuzione, nonché le caratteristiche essenziali delle condizioni di sicurezza delle operazioni di pagamento da effettuarsi nell'ambito dei contratti a distanza” (art. 67-*sexies* lett. *f* c.cons.). Nei contratti a distanza il pagamento dei servizi forniti presenta caratteristiche diverse rispetto all'acquisto di servizi in relazione ai quali i contraenti si incontrano. La legge impone allora di specificare le modalità di pagamento. Questa disposizione va letta in connessione con il successivo art. 67-*quater decies* comma 1 c.cons., che fissa le modalità di pagamento (con carta di credito, di debito o con altri strumenti).

La legge prevede che le informazioni relative al servizio finanziario riguardano anche “qualsiasi costo specifico aggiuntivo per il consumatore relativo all'utilizzazione della tecnica di comunicazione a distanza, se addebitato” (art. 67-*sexies* lett. *g* c.cons.). Questa disposizione va letta in collegamento alle altre norme che disciplinano l'informativa sui costi. L'idea di fondo è che il consumatore deve essere pienamente informato in via anticipata di tutti i costi che dovrà affrontare, al fine di evitare sorprese.

Nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori vi è poi un terzo articolo in materia d'informazioni, il quale impone di dare informazioni sul contratto a distanza (art. 67-*septies* c.cons.).

Le informazioni riguardano anzitutto “l’esistenza o la mancanza del diritto di recesso conformemente all’art. 67-*duodecies* e, se tale diritto esiste, la durata e le modalità d’esercizio, comprese le informazioni relative all’importo che il consumatore può essere tenuto a versare ai sensi dell’art. 67-*terdecies*, comma 1, nonché alle conseguenze derivanti dal mancato esercizio di tale diritto” (art. 67-*septies* lett. *a* c.cons.). Il consumatore è privo, in alcuni casi, del diritto di recesso, come stabilisce l’art. 67-*duodecies* comma 5 c.cons. e di ciò deve essere informato. Utili sono anche le informazioni relative a durata e modalità di esercizio di tale diritto. Con riferimento alla durata, si potrà – ad esempio – prevedere una durata superiore a quella di 14 giorni fissata come minimo dall’art. 67 *duodecies* comma 1 c.cons. Nella prassi è peraltro improbabile che il fornitore sia disponibile a concedere un vantaggio del genere al consumatore.

Le informazioni sul contratto a distanza riguardano poi “le informazioni relative agli eventuali diritti delle parti, secondo i termini del contratto a distanza, di mettere fine allo stesso prima della scadenza o unilateralmente, comprese le penali eventualmente stabilite dal contratto in tali casi” (art- 67-*septies* lett. *c*). Questa disposizione impone d’indicare i casi in cui il contratto può essere terminato prima della scadenza oppure unilateralmente. Si tratta di ipotesi distinte da quella del recesso, che gode invece di una speciale disciplina nell’art. 67-*duodecies* c.cons. La disposizione in esame consente di prevedere delle penali, che devono essere indicate. L’indicazione delle penali serve a evitare effetti-sorpresa in capo al consumatore. Si noti invece che, in collegamento con il diritto di recesso, è vietato prevedere delle penali, come statuisce l’art. 67-*duodecies* comma 1 c.cons. Bisogna anche dare informazioni riguardanti “le istruzioni pratiche per l’esercizio del diritto di recesso, comprendenti tra l’altro il mezzo, inclusa in ogni caso la lettera raccomandata con avviso di ricevimento, e l’indirizzo a cui deve essere inviata la comunicazione di recesso” (art. 67-*septies* lett. *d* c.cons.). Il legislatore è consapevole che – ai fini di un’adeguata tutela del consumatore - non è sufficiente riconoscere in maniera astratta il diritto di recesso, così come si limita a fare l’art. 67-*duodecies* c.cons. Occorre invece dare concretezza a tale diritto. Il consumatore deve pertanto essere informato sulle istruzioni pratiche per l’esercizio del diritto di recesso. Vanno specificate le modalità con cui il diritto di recesso deve essere esercitato, ma in ogni caso deve essere garantita la possibilità di utilizzare la lettera raccomandata.

Si rinvengono poi nel testo dell’art. 67-*septies* c.cons. tre lettere dedicate ai profili internazionali della materia. In merito al contratto a distanza bisogna anche indicare “lo Stato membro o gli Stati membri sulla cui legislazione il fornitore si basa per instaurare rapporti con il consumatore prima della conclusione del contratto a distanza” (art. 67-*septies* lett. *e* c.cons.). Inoltre va indicata “qualsiasi clausola contrattuale sulla legislazione applicabile al contratto a distanza e sul foro competente” (art. 67-*septies* lett. *f* c.cons.). Infine occorre specificare “la lingua o le lingue in cui sono comunicate le condizioni contrattuali e le informazioni preliminari di cui al presente articolo, nonché la lingua o le lingue in cui il fornitore, con l’accordo del consumatore, si impegna a comunicare per la durata del contratto a distanza” (art. 67-*septies* lett. *g* c.cons.). Legislazione applicabile e foro competente sono due

circostanze di grande rilevanza per il consumatore. La legge applicabile determina la disciplina dei rapporti intercorrenti fra le parti. Il foro competente assume rilevanza in caso di controversie fra i contraenti. Diritto applicabile e foro competente possono essere diversi da quelli italiani. Considerato poi che il fornitore può essere straniero, occorre una specificazione in merito alla lingua di comunicazione. Può trattarsi di una lingua diversa dall'italiano, a condizione che vi sia il consenso del consumatore. Un intero articolo è dedicato alle informazioni relative al ricorso (art. 67-*octies* c.cons.). La legge prevede che “le informazioni relative al ricorso riguardano l'esistenza o la mancanza di procedure extragiudiziali di reclamo e di ricorso accessibili al consumatore che è parte del contratto a distanza e, ove tali procedura esistano, le modalità che consentono al consumatore di avvalersene” (art. 67- *octies* c.cons.)<sup>26</sup>. Al fine di dare una reale opportunità al consumatore di far valere reclami o ricorsi deve, anzitutto, essergli comunicata la loro esistenza. In secondo luogo occorre un'indicazione delle modalità con cui il consumatore può avvalersi di tali rimedi. Meccanismi di soluzione extragiudiziale delle controversie dovrebbero garantire una soluzione veloce e poco costosa delle liti. Le procedure extragiudiziali potrebbero essere particolarmente utili nel caso di controversie a carattere internazionale<sup>27</sup>.

L'art. 67-*novies* c.cons. si occupa di dettare una disciplina particolare per una modalità speciale di comunicazione delle informazioni: le comunicazioni mediante telefonia vocale. La comunicazione per via telefonica richiede una disciplina particolare per alcune ragioni. Anzitutto il telefono, diversamente da altre tecniche di comunicazione a distanza, consente un contatto immediato e personale fra fornitore e consumatore, il quale potrebbe essere sorpreso dalla telefonata ricevuta. In secondo luogo, il consumatore potrebbe avere difficoltà ad opporsi allo stesso fatto di ricevere telefonate indesiderate.

La legge prevede anzitutto che in caso di comunicazioni mediante telefonia vocale “l'identità del fornitore e il fine commerciale della chiamata avviata dal fornitore sono dichiarati in maniera inequivoca all'inizio di qualsiasi conversazione con il consumatore” (art. 67-*novies* comma 1 lett. *a* c.cons.). Deve anzitutto essere dichiarata l'identità del fornitore. Il consumatore viene a sapere, in questo modo, con quale soggetto ha a che fare. Inoltre la legge impone un'immediata chiarificazione sul fine commerciale della telefonata. Si vuole così evitare un effetto-sorpresa del consumatore. Si vuole in particolare evitare che la volontà di chi riceve la telefonata possa, in qualche modo, essere manipolata da un abile telefonista. La disposizione in esame non si applica invece quando è il consumatore a contattare il fornitore, poiché in questi casi si presume che il consumatore conosca l'identità del fornitore e sappia che il fornitore cercherà di rendergli dei servizi.

La legge stabilisce poi che, in caso di comunicazioni mediante telefonia vocale, “devono essere fornite, previo consenso del consumatore, solo le informazioni seguenti: 1) l'identità della persona in contatto con il consumatore e il suo rapporto con il fornitore; 2) una descrizione delle principali caratteristiche del servizio finanziario; 3) il prezzo totale che il consumatore dovrà corrispondere al fornitore per

il servizio finanziario, comprese tutte le imposte versate tramite il fornitore o, se non è possibile indicare il prezzo esatto, la base di calcolo del prezzo, che consenta al consumatore di verificare quest'ultimo; 4) l'indicazione dell'eventuale esistenza di altre imposte e/o costi non versati tramite il fornitore o non fatturati da quest'ultimo; 5) l'esistenza o la mancanza del diritto di recesso conformemente all'art. 67-*duodecies* e, se tale diritto esiste, la durata e le modalità di esercizio, comprese le informazioni relative all'importo che il consumatore può essere tenuto a versare ai sensi dell'art. 67-*terdecies*, comma 1" (art. 67-*novies* comma 1 lett. *b* c.cons.).

La prima osservazione da fare in relazione a questa disposizione è che la legge prevede la necessità del consenso del consumatore. Se questi, conosciuto il fine commerciale della telefonata, non è interessato alla continuazione del colloquio, la telefonata deve terminare. La disposizione in esame fissa non tanto un livello minimo, bensì un quantitativo massimo d'informazioni che devono essere date.

Fra le tante informazioni identificate in via generale dagli artt. 67-*quinquies* ss. c.cons., il legislatore ne seleziona alcune soltanto che vanno fornite per telefono.

Nel caso di comunicazioni mediante telefonia vocale, il legislatore ritiene inopportuno che vengano fornite tante informazioni. Probabilmente la *ratio* della disposizione è quella di evitare che il consumatore possa essere tratto in errore da un quantitativo eccessivo d'informazioni trasmesse per via orale. Inoltre bisogna tenere presenti le difficoltà di comunicare per telefono, in un breve lasso di tempo, molti dati e notizie.

In questa ottica va letto l'art. 67-*novies* comma 2 c.cons. secondo cui "il fornitore comunica al consumatore che altre informazioni sono disponibili su richiesta e ne precisa la natura. Il fornitore comunica in ogni caso le informazioni complete quando adempie ai propri obblighi ai sensi dell'art. 67-*undecies*". In caso di comunicazioni telefoniche il legislatore consente dunque la dazione immediata di (relativamente) poche informazioni, a condizione che il fornitore enunci che altre informazioni sono ottenibili su richiesta. In ogni caso il consumatore riceve tutte le informazioni dovute in adempimento dell'art. 67-*undecies* c.cons.

L'art. 67-*decies* c.cons. disciplina i requisiti aggiuntivi in materia d'informazioni.

Si prevede che "oltre alle informazioni di cui agli articoli 67-*quater*, 67-*quinquies*, 67-*sexies*, 67-*septies* e 67-*octies* sono applicabili le disposizioni più rigorose previste dalla normative di settore che disciplina l'offerta del servizio o del prodotto interessato" (art. 67-*decies* comma 1 c.cons.)<sup>28</sup>. Questa disposizione è di grande importanza, in quanto sancisce la concorrenza - con le norme che si sono appena esaminate - di tutte le regole di settore che dovessero essere più rigorose. Vi è dunque una duplice serie di disposizioni che trova applicazione alle informazioni: 1) quelle degli artt. 67-*quater* ss. c.cons.; 2) quelle di settore più rigorose.

L'art. 67-*undecies* c.cons. impone la comunicazione delle condizioni contrattuali e delle informazioni preliminari.

La legge prevede che "il fornitore comunica al consumatore tutte le condizioni contrattuali, nonché le informazioni di cui agli articoli 67-*quater*, 67-*quinquies*, 67-*sexies*, 67-*octies*, 67-*novies* e 67-*decies*, su supporto cartaceo o su un altro supporto

durevole, disponibile e accessibile per il consumatore in tempo utile, prima che lo stesso sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta" (art. 67-*undecies* comma 1 c.cons.).

Questa disposizione fissa alcune importanti regole. La prima di esse riguarda le modalità con cui le informazioni vanno fornite. Il fornitore deve utilizzare un supporto cartaceo oppure un altro supporto durevole. È esclusa dunque la comunicazione in forma meramente orale delle informazioni. La forma scritta o comunque la necessità dell'utilizzo di un supporto durevole consente una fissazione delle condizioni contrattuali e delle informazioni a futura memoria. In qualsiasi momento il consumatore può avere così accesso a condizioni e informazioni e verificarne il contenuto. In secondo luogo la norma in esame fissa la tempistica della comunicazione d'informazioni. Esse vanno date prima che il consumatore sia vincolato da un contratto, in modo che questi possa riflettere sulle condizioni contrattuali proposte e sulle informazioni comunicate. La ragione di questa disposizione è che sono le condizioni e le informazioni provenienti dal fornitore a consentire al consumatore di assumere una decisione appropriata. Se esse vengono comunicate dopo la conclusione del contratto, non sono di giovamento per la parte debole del rapporto. Per quanto riguarda la tempistica della dazione d'informazioni il legislatore preferisce però non fissare un termine preciso, ma si avvale dell'espressione "in tempo utile". Questa scelta appare sensata se si considera che il lasso di tempo che deve ragionevolmente trascorrere fra la dazione d'informazioni e la conclusione del contratto dipende da numerose circostanze, che variano a seconda del caso concreto. Bisognerà tenere conto, ad esempio, della complessità del servizio proposto e del tecnicismo del linguaggio delle condizioni contrattuali e delle informazioni<sup>29</sup>. Maggiore è tale complessità, maggiore dovrebbe essere il tempo lasciato a disposizione del consumatore per effettuare una scelta consapevole.

La legge continua stabilendo che "il fornitore ottempera all'obbligo di cui al comma 1 subito dopo la conclusione del contratto a distanza, se quest'ultimo è stato concluso su richiesta del consumatore utilizzando una tecnica di comunicazione a distanza che non consente di trasmettere le condizioni contrattuali né le informazioni ai sensi del comma 1" (art. 67-*undecies* comma 2 c.cons.). Con questa disposizione il legislatore fa eccezione al principio di cui al comma 1 secondo il quale condizioni contrattuali e informazioni vanno date prima della conclusione del contratto. Si tratta peraltro di un'eccezione che opera in presenza di due presupposti del tutto particolari. La prima condizione è che il contratto sia stato concluso su richiesta del consumatore. È dunque questi, per così dire, a "pretendere" la conclusione del contratto. La seconda condizione fissata dalla norma in esame è la presenza di una situazione d'impossibilità di comunicazione prima della conclusione del contratto. A fronte di un'impossibilità di trasmissione immediata di condizioni e informazioni e di una richiesta del consumatore, l'interesse a una veloce conclusione del contratto prevale rispetto all'esigenza di un'approfondita informativa. La disposizione è per certi versi sorprendente in quanto consente la conclusione di un contratto in una situazione di carenza d'informazioni. Bisogna tuttavia tenere presente che la parte debole del

rapporto contrattuale trova tutela nel diritto di recesso, il cui termine decorre dalla data in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali e le informazioni ai sensi dell'art. 67-*duodecies* comma 3 lett. b c.cons. Ne consegue che è vero che il consumatore può concludere un contratto senza conoscerne i dettagli, ma è altrettanto vero che egli può – una volta preso conoscenza di condizioni contrattuali e informazioni – recedere dallo stesso. Nel complesso, dunque, il consumatore appare sufficientemente tutelato.

La legge stabilisce infine che “in qualsiasi momento del rapporto contrattuale il consumatore, se lo richiede, ha il diritto di ricevere le condizioni contrattuali su supporto cartaceo” (art. 67-*undecies* comma 3 c.cons.). Nell'ipotesi in cui le condizioni contrattuali vengano messe a disposizione solo su supporto durevole (e non su supporto cartaceo), il consumatore ha diritto di ottenerle anche su supporto cartaceo. Questo obbligo del fornitore sussiste non solo prima della conclusione del contratto, ma durante tutto il rapporto contrattuale. Se il consumatore non riesce più a reperire le condizioni contrattuali, può sempre rivolgersi al fornitore, il quale è tenuto a comunicarle. Il fornitore dispone di norma di una struttura organizzativa migliore e, per questa ragione, gli viene addossato l'onere – su richiesta della controparte – di fornire alla parte debole del rapporto le condizioni su supporto cartaceo

## NOTE

1 D.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, in G.U. n. 278 del 29 novembre 2007.

2 Il capo I del titolo III della parte III c.cons. è rubricato “particolari modalità di conclusione del contratto” e si divide nelle seguenti sezioni: sezione I (contratti negoziati fuori dei locali commerciali; artt. 45-49); sezione II (contratti a distanza; artt. 50-61); sezione III (disposizioni comuni; artt. 62-63); sezione IV (diritto di recesso; artt. 64-67); sezione IV-bis (commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori; artt. 67-bis-67-*vicies bis*).

3 In materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari cfr., fra gli altri, G. Alpa, Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, in *I Contratti*, 2005, 1173 s.; P. Balzarini, Attuazione della direttiva sulla vendita a distanza di servizi finanziari, in *Riv. soc.*, 2005, 1177 s.; G. De Cristofaro, Contratti aventi ad oggetto “servizi finanziari” stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.legisl. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (prima parte), in *Studium iuris*, 2006, 265 ss.; G. De Cristofaro, Contratti aventi ad oggetto “servizi finanziari” stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.legisl. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (seconda parte), in *Studium iuris*, 2006, 385 ss.; U. Draetta, La protezione dei consumatori e i servizi finanziari forniti a distanza: la legge italiana di attuazione della direttiva comunitaria, in *Dir. comm. int.*, 2005, 465 ss.; M. Giurgiola, La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa, in *Le Società*, 2003, 103 ss.; M.-T. Paracampo, La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2003, II, 382 ss.; L. Pontiroli, La disciplina del pagamento

nella vendita a distanza dei servizi finanziari: prime considerazioni, in Banca borsa tit. cred., 2006, I, 678 ss.; A. Torelli, Contratti a distanza e tutela del consumatore. La nuova disciplina nella commercializzazione dei servizi finanziari, in Nuove leggi civ. comm., 2006, 621 ss. Di fatto le norme a tutela degli imprenditori deboli si sono moltiplicate a partire dalla L. 192: ad esempio nel 2004 è stata emanata una analoga normativa protettiva

4 Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002 concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, in G.U.C.E. n. L 271 del 9 ottobre 2002.

5 D.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, in G.U. n. 221 del 22 settembre 2005. Attuazione della direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

6 Per una critica alla limitazione della nozione di consumatore alle sole persone fisiche cfr. P. Fiorio, Offerte a distanza e fuori sede tra testo unico della finanza, nuovo regolamento

intermediari e codice del consumo, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 14 ss.

7 Cfr. F. Mastroiosa, M.P. Serra, La commercializzazione a distanza di prodotti finanziari: la direttiva 23 settembre 2002 n. 65 e il decreto legislativo di attuazione 19 agosto 2005 n. 190, in Dir. internet, 2006, 84

8 In questo senso si esprime il considerando n. 18 della direttiva n. 65 del 2002, secondo cui “riferendosi a un sistema di prestazioni di servizi organizzato dal fornitore di servizi finanziari, la presente direttiva mira a escludere dal proprio campo di applicazione le prestazioni di servizi effettuate su base strettamente occasionale e al di fuori di una struttura commerciale avente l’obiettivo di concludere contratti a distanza”.

9 Il considerando n. 15 della direttiva n. 65 del 2002 prevede che i contratti a distanza sono “quelli in cui l’offerta, la negoziazione e la conclusione sono effettuate a distanza”.

10 Cfr. G. Artale, Commento al d.lgs. n. 190/2005, in AA.VV., Codice del consumo, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2006, 838 s.

11 Recentemente in materia di tutela del consumatore nel contesto del commercio elettronico cfr. G. Cassano, Condizioni generali di contratto e tutela del consumatore nell’era di Internet, in Dir.internet, 2007, 5 ss. V. inoltre AA.VV., Commercio elettronico e tutela del consumatore, a cura di G. Cassano, Milano, 2003; G. Cassano, I.P. Cimino, Contratto via Internet e tutela della parte debole, in I Contratti, 2002, 869 ss.

12 Il considerando n. 21 della direttiva n. 65 del 2002 prevede: “l’impiego di tecniche di comunicazione a distanza non dovrebbe portare a una diminuzione indebita dell’informazione fornita al consumatore. Per assicurare la trasparenza la presente direttiva fissa requisiti volti a garantire un livello adeguato di informazione del consumatore sia prima che dopo la conclusione del contratto. Il consumatore dovrebbe ricevere, prima della conclusione di un contratto, le informazioni preliminari necessarie al fine di poter valutare opportunamente il servizio finanziario propostogli

e quindi scegliere con cognizione di causa. Il fornitore dovrebbe espressamente indicare per quanto tempo la sua offerta eventuale rimane immutata”.

13 Il considerando n. 23 della direttiva n. 65 del 2002 stabilisce: “per garantire una protezione ottimale del consumatore, è importante che egli sia sufficientemente informato sulle disposizioni della presente direttiva ed eventualmente sui codici di condotta esistenti in questo settore, e che disponga di un diritto di recesso”.

14 Direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio, in G.U.C.E. n. L 145 del 30 aprile 2004. Sugli obblighi d’informazione delle imprese d’investimento nella direttiva MIFID cfr. E. Girino, L’informazione nel sistema MiFID: dalla trasparenza monodirezionale alla biunivocità dei flussi, in *Amm. & Fin.*, 2008, 48 ss.; V. Sangiovanni, Gli obblighi informativi delle imprese di investimento nella più recente normativa comunitaria, in *Dir. com. scambi int.*, 2007, 363 ss. A vario titolo sulla MIFID e sulla sua attuazione v. poi F. Bruno, A. Rozzi, Il destino dell’operatore qualificato alla luce della MiFID, in *Le Società*, 2007, 277 ss.; C. Comporti, I conflitti di interesse nella disciplina comunitaria dei servizi finanziari, in *Dir. banca merc. fin.*, 2005, I, 593 ss.; F. Durante, Verso una diversa gradazione della tutela degli investitori (ed un diverso ruolo della Consob): dal diritto giurisprudenziale al recepimento delle misure “di secondo livello” della Mifid, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); L. Enriques, L’intermediario in conflitto di interessi nella nuova disciplina comunitaria dei servizi d’investimento, in *Giur. comm.*, 2005, I, 844 ss.; L. Frumento, La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento nella Direttiva Mifid, in *I Contratti*, 2007, 583 ss.; E. Girino, MiFID: fra rivoluzione e trasparenza, in *Amm. & Fin.*, 2007, 29 ss.; F. Recine, La direttiva relativa ai mercati degli strumenti finanziari (MIFID):nuove regole sulla cooperazione tra le autorità di vigilanza, in *Dir. banca merc. fin.*, 2006, I, 303 ss.; A.A. Rinaldi, Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti, in *Le Società*, 2008, 12 ss.; V. Sangiovanni, Informazioni e comunicazioni pubblicitarie nella nuova disciplina dell’intermediazione finanziaria dopo l’attuazione della direttiva MIFID, in corso di pubblicazione in *Giur. it.*, 2008; V. Sangiovanni, La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l’attuazione della MIFID, in *I Contratti*, 2008, 173 ss.; V. Sangiovanni, Operazione inadeguata dell’intermediario finanziario fra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della direttiva MIFID, in *I Contratti*, 2007, 243 ss.; S. Scotti Camuzzi, I conflitti di interessi fra intermediari finanziari e clienti nella direttiva MIFID, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 121 ss.

15 P. Longhini, *Servizi finanziari telematici*, Milano, 2006, 181.

16 Più in generale si può osservare che, nel caso di offerte indirizzate a una massa di persone, le trattative tendono a essere inesistenti. In questo senso P. Longhini, *op. cit.*, 181.

17 Cfr. F. Totaro, Commento al d.lgs. n. 190/2005, in *AA.VV.*, *Codice del consumo*, a cura di V.Cuffaro, Milano, 2006, 845.

18 Cfr. F. Totaro, op. cit., 845.

19 V. Cuffaro, Dopo il codice del consumo: la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari, in *Contr. impr.*, 2007, 273 ss.

20 F. Totaro, op. cit., 848 s.

21 F. Totaro, op. cit., 849

22 Cfr. F. Totaro, op. cit., 848.

23 Gli interventi dottrinali in materia di responsabilità di banche e intermediari finanziari sono talmente numerosi che è difficile elencarli tutti in una nota. Anzitutto cfr., per la sua attualità e ponderosità, la monografia di M. Pellegrini, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007. A livello monografico v. anche F. Sartori, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004. La sentenza più importante pronunciata al riguardo è Cass., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *I Contratti*, 2008, 221 ss., con nota di V. Sangiovanni. A commento di questa sentenza cfr. anche F. Sartori, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori, note critiche a Cassazione (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it). V. inoltre fra i molti contributi, a titolo esemplificativo, A. Barenghi, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto-quadro): una ratio decidendi e troppi obiter dicta*, in *Giur. mer.*, 2007, 59 ss.; E. Battelli, *L'inadempimento contrattuale dell'intermediario finanziario*, in *I Contratti*, 2006, 465 ss.; M. Bombelli, M. Iato, *Obbligazioni Argentina e Cirio: responsabilità dell'istituto bancario intermediario*, in *Giur. mer.*, 2006, 1403 ss.; V. Bulfaro, *La responsabilità contrattuale dell'intermediario per violazione del dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1092 ss.; I.A. Caggiano, *I doveri d'informazione dell'intermediario finanziario nella formazione ed esecuzione del contratto. Violazione e rimedi*, in *Dir. giur.*, 2006, 453 ss.; D. Cesiano, *La prestazione dei servizi di investimento e la tutela degli investitori: nota a sentenza del Tribunale di Napoli 21 febbraio 2007*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it); G. Cottino, *La responsabilità degli intermediari finanziari. Ancora qualche divagazione sul tema*, in *Giur. it.*, 2006, 1633 ss.; G. De Nova, *La responsabilità dell'operatore finanziario per esercizio di attività pericolosa*, in *I Contratti*, 2005, 709 ss.; E.A. Emiliozzi, *Vendita alla clientela retail di titoli prima dell'emissione ed omessa acquisizione da parte dell'intermediario dell'offering circular*, in *Giur. it.*, 2007, 1673 ss.; P. Fiorio, *La non adeguatezza delle operazioni di investimento*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); F. Galgano, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. impr.*, 2005, 889 ss.; A.M. Mancini, *La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario tra culpa in contrahendo e vizi del consenso*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 51 ss.; V. Mariconda, *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di rimessione della questione alle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2007, 635 ss.; G. Meruzzi, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006, 944 ss.; S. Panzini, *Violazione dei doveri d'informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contr. impr.*, 2007, 982 ss.; L. Picardi, *Nuovi sviluppi giurisprudenziali in tema di responsabilità degli intermediari*, in *Dir. giur.*, 2007, 192 ss.; A. Pisapia,

Responsabilità degli intermediari finanziari e negoziazione in strumenti finanziari “derivati”, in *Le Società*, 2007, 711 ss.; V. Roppo, G. Afferni, Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale, in *Danno resp.*, 2006, 25 ss.; V. Sangiovanni, Acquisto di obbligazioni e risoluzione del contratto, in *I Contratti*, 2008, 5 ss.; V. Sangiovanni, Contratti derivati e dichiarazione del rappresentante legale, in *Corr. mer.*, 2008, 41 ss.; V. Sangiovanni, Contratto di swap e nozione di operatore qualificato, in *I Contratti*, 2007, 1093 ss.; V. Sangiovanni, Contratto di negoziazione, forma convenzionale e nullità per inosservanza di forma, in *I Contratti*, 2007, 778 ss.; V. Sangiovanni, Emissioni di obbligazioni e scandali finanziari fra diritto internazionale privato e diritto comunitario, in *Le Società*, 2007, 547 ss.; V. Sangiovanni, Finanzskandale (Argentinien, Cirio und Parmalat) und die Haftung der Anlagevermittler in der neuesten italienischen Rechtsprechung, in *BKR (Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht)*, 2006, 476 ss.; V. Sangiovanni, La violazione delle regole di condotta dell’intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale, in *I Contratti*, 2006, 1133 ss.; V. Sangiovanni, La responsabilità dell’intermediario finanziario nel diritto austriaco sullo sfondo del diritto comunitario e un suggerimento al legislatore italiano, in *Danno resp.*, 2006, 1182 ss.; V. Sangiovanni, Inadeguatezza della operazione finanziaria, risoluzione del contratto per inadempimento e risarcimento del danno, in *Corr. giur.*, 2006, 1569 ss.; V. Sangiovanni, Circolazione dei prodotti finanziari e responsabilità degli investitori professionali: il nuovo art. 100 bis TUF, in *Le Società*, 2006, 1355 ss.; V. Sangiovanni, La nullità del contratto di gestione di portafogli di investimento per difetto di forma, in *I Contratti*, 2006, 966 ss.; V. Sangiovanni, Sollecitazione all’investimento, nullità del contratto e frode alla legge, in *Giur. mer.*, 2006, 1389 ss.; V. Sangiovanni, La responsabilità precontrattuale dell’intermediario finanziario nel diritto inglese, in *Le Società*, 2006, 1173 ss.; V. Sangiovanni, Scandali finanziari: profili di responsabilità dell’intermediario, in *Danno resp.*, 2006, 874 ss.; V. Sangiovanni, La responsabilità dell’intermediario nel caso Cirio e la recente legge per la tutela del risparmio, in *I Contratti*, 2006, 686 ss.; V. Sangiovanni, La nullità del contratto per inosservanza di forma nel caso delle obbligazioni argentine, in *Corr. mer.*, 2006, 737 ss.; V. Sangiovanni, La responsabilità dell’intermediario nel caso Parmalat e la recentissima legge per la tutela del risparmio, in *Le Società*, 2006, 605 ss.; F. Sartori, Il mercato delle regole. La questione dei bonds argentini, in *Giur. it.*, 2005, 55 ss.; M. Ticozzi, Violazione di obblighi informativi e sanzioni: un problema non solo degli intermediari finanziari, in *I Contratti*, 2007, 363 ss.; R. Viglione, La tutela dell’investitore retail nel nuovo art. 100-bis T.U.F., in *Studium iuris*, 2007, 779 ss.; S.A. Vignolo, Le regole di condotta degli intermediari finanziari al vaglio della giurisprudenza ligure e nazionale, in *Nuova giur. lig.*, 2007, 42.

<sup>24</sup> Sulla possibile reticenza dell’intermediario nel contesto dei servizi d’investimento cfr. il contributo di R. Vigo, La reticenza dell’intermediario nei contratti relativi alla prestazione dei servizi d’investimento, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, I, 665 ss.

25 È utile ricordare che, in altra sede, il codice del consumo si occupa di possibili omissioni ingannevoli. Il riferimento è all'art. 22 comma 1 secondo cui "è considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso".

26 Il considerando n. 27 della direttiva n. 65 del 2002 prevede che "per tutelare i consumatori occorre prevedere procedure appropriate ed efficaci di reclamo e di ricorso negli Stati membri onde disciplinare le eventuali controversie tra fornitori e consumatori utilizzando, se del caso, le procedure esistenti".

27 Il considerando n. 28 della direttiva n. 65 del 2002 recita "gli Stati membri dovrebbero incitare gli organismi pubblici o privati preposti alla composizione stragiudiziale delle controversie a cooperare nella risoluzione delle controversie transfrontaliere. Questa cooperazione potrebbe in particolare mirare a consentire al consumatore di sottoporre agli organi extragiudiziali stabiliti nello Stato membro in cui risiede i reclami relativi ai fornitori stabiliti in altri Stati membri. L'istituzione della rete FIN-NET offre un'ulteriore assistenza ai consumatori che si avvalgono di servizi transfrontalieri".

28 Il considerando n. 22 della direttiva n. 65 del 2002 stabilisce che "le informazioni elencate nella presente direttiva comprendono informazioni di natura generale relative a tutti i tipi di servizi finanziari. Gli altri requisiti in materia di informazioni relative ad un determinato servizio, quali la copertura di una polizza assicurativa, non sono precisati unicamente nella presente direttiva. Le informazioni di questo tipo dovrebbero essere fornite in conformità, ove del caso, della pertinente normativa comunitaria o della pertinente legislazione nazionale, adottata conformemente al diritto comunitario".

29 . Longhini, op. cit., 185.

### **3. Il credito ai consumatori**

Il contratto di credito al consumo è quel contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere ad un consumatore (persona fisica che agisce fuori dall'ambito dell'attività imprenditoriale, commerciale e professionale svolta) un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria.

Il fenomeno sociale di soddisfare le sempre maggiori richieste di credito per l'acquisto di beni di largo consumo è stato scarsamente valutato dal nostro legislatore.

Questa carenza normativa ha lasciato per lungo tempo spazio alla prassi commerciale che utilizzava vari modelli di finanziamento in cui generalmente la parte più forte era privilegiata rispetto al consumatore.

La crescita di questo fenomeno ha determinato l'emanazione della direttiva CEE del 22 dicembre 1986, n. 102 e, in attuazione alla stessa, il nostro legislatore con la legge del 19 dicembre 1992 n. 144 ha definito il credito di consumo.

In questo ambito, con il decreto legislativo del 6 settembre 2005 n. 2006, cosiddetto Codice del Consumo, oltre ad essere fornita una definizione di “consumatore”, sono stati riconosciuti e garantiti particolari diritti quali la correttezza, la trasparenza e l’equità nei rapporti contrattuali ed è stata dettata una particolare disciplina circa l’accertamento delle clausole vessatorie (sono quelle clausole che comportano, a carico del consumatore, un "significativo squilibrio" dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, ad es.: limitazioni al diritto di recesso del consumatore).

La concessione del credito al consumo, inoltre, è stata riservata alle banche, agli intermediari finanziari ed agli stessi fornitori di beni e servizi destinati al consumo.

### **Decreto legislativo 13 agosto 2010 n. 141**

Nel 2008 è stata recepita una direttiva comunitaria che ha riformato la precedente disciplina del credito al consumo attraverso il decreto legislativo n. 141 del 2010.

Questo intervento si muove su due binari relativi alla:

1. disciplina della trasparenza e correttezza nel rapporto tra operatori creditizi (bancari e finanziari);
2. disciplina in materia di intermediari finanziari.

- Le principali novità sono:
- si definisce la nozione di consumatore che diventa l’elemento in base a cui applicare la disciplina dei contratti di credito al consumo;
- si è introdotta una informativa precontrattuale;
- si sono rafforzati gli obblighi di assistenza al consumatore;
- si è introdotto l’obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore finanziato;
- è stato regolato in maniera più precisa il diritto al ripensamento del consumatore;
- si è introdotto per il credito al consumo il diritto di recesso senza spese;
- si è disposto il diritto alla risoluzione del contratto di credito nel caso di inadempimento del fornitore con la facoltà, per il consumatore, di sospendere il pagamento delle rate e ottenere la restituzione di quelle pagate.

**I contratti di credito al consumo sono contratti di durata (vincolano cioè le parti per un periodo di tempi ben determinato) e, per essere efficaci, devono:**

1. essere conclusi per iscritto;
2. redatti su supporto cartaceo o altro supporto durevole che soddisfi i requisiti della forma scritta;
3. siglati da entrambe le parti.
  
4. devono contenere dei dati essenziali, vale a dire:
5. importo finanziato e modalità con cui lo stesso deve essere rimborsato;
6. tassi di interesse;

**7. garanzie e assicurazioni richieste dall'ente di credito;**

**8. cadenza e ammontare di ciascuna rata.**

Copia del contratto deve essere consegnata al consumatore e deve indicare se è prevista la corresponsione di pagamenti extra richiesti dal creditore nei tempi e nei modi previsti.

*Il consumatore può recedere dal contratto entro quattordici giorni dalla conclusione dello stesso, o, se successivo, dal momento in cui ha ricevuto tutte le informazioni previste.*

Il finanziatore fornisce periodicamente al cliente, almeno una volta l'anno, su supporto cartaceo o altro supporto durevole, una comunicazione completa e chiara in merito allo svolgimento del rapporto.

La disciplina dei contratti di credito al consumo è riservata a quelli di importo tra i 200 e i 75 mila Euro.

Nella nuova disciplina del credito ai consumatori assume valore centrale la corretta determinazione e comunicazione al cliente del Tasso Annuo Effettivo Globale (TAEG) che indica il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito.

Il TAEG è comprensivo degli interessi e di tutti i costi, inclusi gli eventuali compensi di intermediari del credito, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza, escluse le spese notarili.

Il valore del TAEG deve essere comunicato in fase pre-contrattuale al cliente in quanto rappresenta il principale strumento offerto al cliente per valutare l'onerosità del finanziamento proposto.

La mancata o scorretta inclusione del TAEG di costi a carico del consumatore, comporta la nullità della clausola del contratto (che non implica la nullità dell'intero contratto).

Distinta ipotesi che determina la nullità dell'intero contratto si ha nel caso in cui in esso non sono contenute le informazioni essenziali riferite al tipo di contratto, alle parti, all'importo totale del finanziamento ed alle condizioni di prelievo e di rimborso. Sono previsti degli obblighi precontrattuali (ossia anteriori alla firma del contratto tra finanziatore e consumatore) a carico dei soggetti finanziatori ed a favore del soggetto consumatore a cui viene fornita una serie di informazioni che, diversamente, potrebbero sfuggirgli o essere conosciuta solo al momento della firma del contratto o successivamente.

Devono essere forniti chiarimenti adeguati in modo che il consumatore possa valutare se il contratto è adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria.

Particolare attenzione viene data alla verifica da parte del finanziatore del merito creditizio, prima della conclusione del contratto, sulla base di informazioni adeguate, assunte dal consumatore stesso o da banche dati pertinenti.

Nella fase contrattuale, poi, il finanziatore è tenuto a rinnovare la verifica del merito creditizio del consumatore prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito.

*Una delle principali novità dei contratti di credito al consumo è dedicata alla pubblicità.*

Gli annunci relativi al credito ai consumatori svolgono per il credito ai consumatori la funzione di pubblicizzare le condizioni offerte alla generalità della clientela.

La differenza sostanziale tra gli annunci pubblicitari ed i fogli informativi previsti per la generalità dei prodotti e servizi bancari quali il conto corrente o il mutuo, risiede nel fatto che i primi non sono obbligatori per i finanziatori, mentre i fogli informativi devono essere necessariamente predisposti e messi a disposizione dei clienti.

Occorre, inoltre, precisare che negli annunci pubblicitari che riportano il tasso di interesse od altre cifre concernenti il costo del credito vanno indicate una serie di informazioni base in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo.

Spetta alla Banca d'Italia precisare le caratteristiche delle informazioni da includere negli annunci pubblicitari e le modalità della loro divulgazione.

Tra gli strumenti di utilizzo di concessione di credito vi sono le carte di credito che consentono al titolare di ottenere una dilazione del pagamento dei beni e dei servizi acquistati con la carta stessa.

Infatti, la convenzione di rilascio della carta di credito, stipulata tra il finanziatore e l'utilizzatore (consumatore), prevede che questi può utilizzarla per pagare i beni e i servizi acquistati dai fornitori convenzionati con il finanziatore stesso, che poi provvederà ad accreditare il corrispettivo e ricevere il rimborso dal consumatore.

Questo rimborso di solito è mensile, tramite addebito sul conto corrente, ma, per alcune carte di credito, il rimborso è concordato con l'addebito di una rata fissa mensile.

#### **4. LA CESSIONE DEL QUINTO DELLO STIPENDIO O DELLA PENSIONE**

La cosiddetta "cessione del quinto" è un mutuo chirografario a favore di lavoratori subordinati e pensionati, il cui rimborso avviene tramite il versamento di una quota degli emolumenti mensili dal datore di lavoro / ente previdenziale direttamente all'istituto creditizio. Appannaggio dei dipendenti pubblici fino al 2005, da tale anno questa possibilità è stata estesa anche ai dipendenti privati. E' cresciuta moltissimo dopo la crisi finanziaria del 2008, in quanto prevede una fonte certa di rimborso ed ulteriori garanzie; e sono aumentati i contenziosi, dal 2013 pure nell'ambito della procedura del sovraindebitamento. In quest' ultima, trovandosi a "concorrere" con altri creditori, gli enti che hanno erogato il prestito sostengono a spada tratta che la "cessione del quinto" comporta il pagamento di tutte le rate previste dall'originario piano di ammortamento. percepite dai lavoratori.

Presente in Italia per i dipendenti statali dal 1861 grazie a Re Vittorio Emanuele II, nel 1950 viene regolamentato con il DPR 180 del 5.1.1950 ed il regolamento di attuazione, **DPR 985 del 28.7.1950** [1]. La **L. 80/2015** lo estende ai dipendenti privati.

"Con l'estensione della disciplina ai dipendenti del settore privato e ai pensionati ... la 'cessione', ritenuto in generale uno strumento creditizio marginale nel panorama del credito ai consumatori ... , ha via via suscitato il crescente interesse degli operatori

creditizi (compresi i grandi gruppi bancari) Il 2008 è stato anche l'anno della grande crisi finanziaria .., che ha visto la 'cessione del quinto' emergere come uno dei pochissimi strumenti a indice di default assolutamente minimale .Ad oggi (2016) .. rappresenta circa l'8,5% del credito al consumo” .

L'indicazione linguistica con cui questa operazione viene indicata nelle norme è duplice: cessione e/o delegazione a pagare. Il problema principale, da cui prendeva spunto la normativa, era quello della “insequestrabilità, impignorabilità e incedibilità di stipendi, salari, pensioni” dei dipendenti pubblici; su di esso si innestò la regolamentazione di quanta parte della loro retribuzione poteva essere destinata a ripagare i debiti contratti.

Fonti

**DPR 180/1950 (e successive modifiche) :**

**Art. 1, Insequestrabilità, impignorabilità e incedibilità di stipendi, salari, pensioni ed altri emolumenti - “ Non possono essere sequestrati, pignorati o ceduti, salve le eccezioni stabilite nei seguenti articoli ed in altre disposizioni di legge, gli stipendi, i salari, le paghe, le mercedi, gli assegni, le gratificazioni, le pensioni, le indennità, i sussidi ed i compensi di qualsiasi specie che lo Stato, le province, i comuni, le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza e qualsiasi altro ente od istituto pubblico sottoposto a tutela, od anche a sola vigilanza dell' amministrazione pubblica (comprese le aziende autonome per i servizi pubblici municipalizzati) e le imprese concessionarie di un servizio pubblico di comunicazioni o di trasporto, nonché le aziende private corrispondono ai loro impiegati, salariati e pensionati ed a qualunque altra persona, per effetto ed in conseguenza dell'opera prestata nei servizi da essi dipendenti. Fino alla data di cessazione del rapporto di lavoro del relativo rapporto previdenziale, i trattamenti di fine servizio (indennità di buona uscita, indennità di anzianità, indennità di premio di servizio) non possono essere ceduti.**

**“ I pensionati pubblici e privati possono contrarre con banche e intermediari finanziari, di cui all'art. 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, prestiti da estinguersi con cessione di quote della pensione fino al quinto della stessa, valutato al netto delle ritenute fiscali e per periodi non superiori a dieci anni.**

**“ I prestiti devono avere la garanzia dell'assicurazione sulla vita che ne assicuri il recupero del residuo credito in caso di decesso del mutuatario [3] .**

**“ Le cessioni degli stipendi, salari, pensioni ed altri emolumenti di cui al presente testo unico hanno effetto dal momento della loro notifica nei confronti dei debitori ceduti”.**

**Art. 5 , Facoltà e limiti di cessione di quote di stipendio e salario - “ Gli impiegati e salariati dipendenti dello stato e dagli altri enti, aziende ed imprese indicati nell'art. 1 possono contrarre prestiti da estinguersi con cessione di**

quote dello stipendio o del salario fino al quinto dell'ammontare di tali emolumenti valutato al netto di ritenute e per periodi non superiori a dieci anni, secondo le disposizioni stabilite dai titoli II e III del presente testo unico. ... “.

**Art. 6 , Requisiti necessari per l'esercizio della facoltà di cessione - “ Gli impiegati civili e militari e i salariati delle amministrazioni dello stato anche ad ordinamento autonomo possono contrarre prestiti, ai sensi dell'art. 5, qualora siano in attività di servizio, abbiano stabilità nel rapporto di impiego o di lavoro, siano provvisti di stipendio o salario fisso e continuativo ed abbiano diritto a conseguire un qualsiasi trattamento di quiescenza.**

**“ I prestiti possono essere contratti per periodi di cinque o dieci anni, salva ...”.**

**Art. 6-bis , Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti**

**“All’istituto della cessione di quote dello stipendio o salario o di pensione .. si applicano le norme in materia di credito ai consumatori, di cui al capo II del titolo VI del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385 , nonché le norme in materia di assicurazione connesse all’erogazione di mutui immobiliari e di credito al consumo, di cui all’art. 28 del decreto legge 24 gennaio 2012, n.1 convertito , con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n.27./ ... “.**

**Art. 65 , Deleghe per sottoscrizione rateale a prestiti nazionali – “Gli impiegati civili e militari delle Amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, ed i pensionati dello Stato hanno la facoltà di rilasciare, a favore degli istituti di credito di diritto pubblico e delle banche di interesse nazionale, per il pagamento delle somme dovute in dipendenza di sottoscrizione rateale ai prestiti nazionali promossa dagli enti suddetti, delega per quote mensili uguali di stipendio o di pensione, entro il limite del quinto, valutato al netto delle ritenute, per un periodo non eccedente un anno. / ... “.**

**D.P.R. 895/1950, Titolo I – Del sequestro, del pignoramento e della cessione degli stipendi, salari e delle pensioni.**

**Titolo IV - Della delega a pagare ... .**

**Legge 14 maggio 2005, n. 80 - Art. 13-bis. (Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1950, n. 180)**

**1. Al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1950, n. 180, sono apportate le seguenti modificazioni: ...**

**2) sono aggiunti, in fine, i seguenti commi:**

**I pensionati pubblici e privati possono contrarre con banche e intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, prestiti da estinguersi con cessione di quote della**

pensione fino al quinto della stessa, valutato al netto delle ritenute fiscali e per periodi non superiori a dieci anni.

Inps, Circolare 31.5.2007, n.91 – Prestiti a pensionati estinguibili con cessione fino ad un quinto della pensione.

Banca d'Italia, Le operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio. Riflessi sulle segnalazioni di centrale dei rischi di vigilanza - Documento per la consultazione, ottobre 2014, pag. 3 : “ ... nelle operazioni di finanziamento a fronte di cessione del quinto dello stipendio o pensione – quali prestiti non finalizzati, rientranti nell’ambito del credito al consumo – il rimborso del finanziamento è delegato al datore di lavoro (o all’ente previdenziale) debitore della retribuzione”.

Ragioneria Generale dello Stato, circolare n. 2, 15.1.2015 – Oggetto : “Trattenute mensili sugli stipendi dei dipendenti pubblici mediante l’istituto della delegazione convenzionale al pagamento – Nuove istruzioni operative”.

Covip, Circolare n. 6526 – Cessione del quinto dello stipendio; modalità di gestione delle richieste di riscatto presentate dalle società finanziarie – “ .. si forniscono indicazione in merito ai comportamenti da tenere a seguito della richiesta di liquidazione della posizione individuale presentata alle forme pensionistiche complementari da parte di enti che erogano finanziamenti, sulla base di una delega al riscatto rilasciata dal lavoratore. ... ”.

## **NATURA GIURIDICA**

Le operazioni, correntemente chiamate “cessione del quinto” sono qualificate a volte come “cessione”, altre volte come “delegazione”, non solo in provvedimenti differenti, ma anche nella stessa fonte normativa. La giurisprudenza prevalente è nel senso di ritenere tale negozio un prestito (mutuo) assito da una vera e propria cessione di credito pro solvendo (anche se altri configurano la cessione del quinto come un mandato irrevocabile al pagamento conferito dal debitore al datore di lavoro) fatta eccezione nell’ipotesi in cui la cessione sia stata resa con funzione di garanzia nella quale il cedente non intende privarsi della titolarità del diritto.

Spesso l’erogazione di prestiti con cessione del quinto dello stipendio è abbinata a un ulteriore finanziamento con delegazione di pagamento. Si tratta di una forma tecnica simile alla cessione del quinto: l’operazione consiste nell’erogazione di un finanziamento senza vincolo di destinazione, la cui restituzione avviene mediante il pagamento di rate costanti da parte del datore di lavoro.

Il contratto prevede infatti che il datore di lavoro si impegni a effettuare trattenute mensili pari a un quinto degli emolumenti(netti) spettanti al lavoratore e a versare direttamente all’intermediario finanziario gli importi trattenuti.

L'abbinamento dei due prodotti (cessione dello stipendio e delegazione di pagamento) permette di elevare fino al 40% la quota di stipendio che viene trattenuta mensilmente dal datore di lavoro per rimborsare il prestito ottenuto dal suo dipendente.

La delegazione di pagamento si realizza con modalità e iter pressoché coincidenti con quelli previsti per i prestiti contro cessione dello stipendio ma in questo caso il contratto non prevede una cessione del credito bensì una semplice delega a pagare,

La cessione del credito è una delle ipotesi di modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, conseguente alla successione di un nuovo soggetto al creditore nella titolarità del lato attivo del rapporto. Si tratta, in particolare, di un'ipotesi di successione per atto tra vivi a titolo particolare nel credito. La cessione, in quanto fenomeno successorio, implica l'identità del diritto trasferito con quello esistente in capo al cedente”

## **CLAUSOLE “TIPO” DEL CONTRATTO**

*Oggetto del contratto – “ Il Cliente prende atto della facoltà di cedere una quota dei propri emolumenti in base alle vigenti disposizioni. Il rimborso delle rate avverrà mediante la cessione del credito, che si formalizza con il presente atto, di quote uguali mensili dell' emolumento. Per effetto della suddetta cessione il Cliente conferisce mandato irrevocabile al terzo ceduto a prelevare mensilmente dai suoi emolumenti una somma equivalente alla rata oggetto di cessione ed a versare tale somma alla Mutuante, senza interruzione alcuna e fino alla estinzione del debito, ...” .*

*Procedura concorsuale a carico del datore di lavoro – “ Nell'ipotesi di apertura di procedura concorsuale a carico del terzo ceduto, la Mutuante potrà chiedere l'ammissione allo stato passivo per il residuo credito in via privilegiata. Il Cliente riconosce inoltre il diritto della Mutuante a chiedere, in sua sostituzione, l'intervento del fondo di garanzia e ad effettuare, ai sensi dell'art. 2 della legge 297/1982, in qualità di avente diritto, domanda al Fondo per il pagamento a suo favore del trattamento di fine rapporto e dei relativi crediti accessori. In tali casi il Cliente autorizza e delega il Fondo di Garanzia a liquidare l'intero importo a favore della Mutuante. ...” .*

*C) Conclusione del contratto ed efficacia della cessione: “ Il presente contratto di prestito contro cessione pro-solvendo a favore della cessionaria degli emolumenti di cui alla lettera A del prospetto finanziario (importo totale dovuto / retribuzione globale ceduta / trattamento pensionistico globale ceduto) si conclude a seguito della sottoscrizione dello stesso da parte del cedente e della cessionaria. ...*

*“ Con la sottoscrizione del presente contratto, il cedente si dichiara debitore nei confronti della cessionaria e si obbliga a restituire l'importo che gli verrà erogato mediante la cessione 'pro-solvendo' (con gli effetti previsti dall'art. 1198 c.c. e DPR 180/1950 e successive modifiche e integrazioni) del numero di rate – uguali, mensili e consecutive- indicate nella casella A2 del prospetto finanziario e dell'importo indicato nella casella A3 del prospetto finanziario, comprensive delle quote di ammortamento del capitale e degli interessi.*

*“ Il cedente –avvalendosi della facoltà di cedere fino al quinto della sua retribuzione ovvero del proprio trattamento pensionistico o altri equivalenti- si impegna ad effettuare l’ammortamento delle rate del prestito mediante la cessione ‘pro-solvendo’ di quote del proprio stipendio, ovvero del proprio trattamento pensionistico o trattamenti economici ad esso equivalenti”.*

*“ Con riferimento alla cessione del quinto dello stipendio, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 43 e 55 T.U. 180/50, in caso di cessazione per qualsiasi causa del rapporto di lavoro, il cedente cede pro solvendo, ora per allora, alla cessionaria, fino a concorrenza delle somme dovute a qualunque titolo per il prestito erogato, i crediti rinvenienti dal TFR accantonato presso il datore di lavoro e/o INPS nonché i crediti rinvenienti da partecipazione a forme pensionistiche complementari comunque denominate, nei casi e nei limiti previsti dalla legge. ... “.*

*“Nell’ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o apertura di altra procedura concorsuale a carico del debitore ceduto, la cessionaria potrà chiedere l’ammissione al passivo dei crediti relativi alle somme cedute in via privilegiata in virtù della qualità spettante al cedente. ... ”.*

*Da ultimo, anche in presenza di cessione di credito in garanzia, quest’ultimo non è privilegiato: “la funzione di garanzia che le parti attribuiscono alle cessioni dei crediti non può far diventare privilegiato il credito che con essi si volle garantire. Attraverso la cessione dei crediti può attuarsi una garanzia atipica, ma non può costituirsi un privilegio, non essendovi una disposizione di legge che consideri la cessione a scopo di garanzia come causa produttiva di privilegio. Invero, la fonte del privilegio è soltanto la legge e, pertanto, la determinazione di esso è sottratta all’autonomia privata. I privilegi sono tipici e non ne sono ammessi altri fuori dei casi esplicitamente previsti dalla legge. Le norme che li disciplinano sono di carattere eccezionale e, come tali, non suscettibili di interpretazione analogica. / E’ vero che il creditore cessionario ha il diritto di escludere ogni altro creditore dal concorso sui crediti ceduti, ma tale diritto gli deriva non da una causa di prelazione, ma dall’essere divenuto titolare dei diritti ceduti”; Cass. 30.5.1960, n. 1398*

## **5.La centrale rischi**

Disposizioni della Banca d’Italia sull’iscrizione alla Centrale Rischi

**Oggetto Le operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio e della pensione. Criteri di segnalazione.**

**Si fa seguito ad alcuni quesiti ricevuti con riferimento alle operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio e della pensione (CQSP) per:**

- 1. riepilogare le modalità segnaletiche da adottare ai fini di Centrale dei Rischi e delle segnalazioni di vigilanza nel caso delle operazioni in questione;**
- 2. introdurre nuove evidenze informative nel modello segnaletico della Centrale dei rischi che consentiranno di individuare i finanziamenti concessi contro cessione del quinto dello stipendio e della pensione;**

**3. fornire indicazioni specifiche in merito alla corretta rappresentazione delle CQSP caratterizzate da temporanee disfunzioni organizzativo-procedurali, in linea con l'esito della consultazione pubblica effettuata a tale riguardo.**

**Le indicazioni di cui ai punti 2 e 3 entreranno in vigore a partire dalle segnalazioni riferite al 30 novembre 2015 e si applicheranno, per analogia, anche ai finanziamenti erogati a dipendenti pubblici per i quali è prevista l'estinzione mediante l'istituto della delegazione di pagamento (istituto assimilabile alle CQSP per caratteristiche, modalità operative e normativa di riferimento<sup>1</sup>).**

**1) Segnalazione al momento dell'erogazione del finanziamento. I finanziamenti della specie devono essere oggetto di segnalazione in CR tra i crediti per cassa, nella categoria di censimento rischi autoliquidanti (tipo attività 63 - "cessione del**

**1 Le delegazioni di pagamento sono disciplinate dagli artt. 1268 c.c. e seg. E dalla circolare MEF n.1/2011 "Istruzioni operative per le trattenute mensili sugli stipendi dei dipendenti pubblici mediante l'Istituto della delegazione cononeri a carico degli istituti delegatari". Detta circolare individua, in particolare, i contenuti minimi delle convenzioni stipulate tra le Amministrazioni pubbliche e gli intermediari e fa rinvio, per quanto non disciplinato nelle convenzioni medesime, alle prescrizioni di legge di cui al D.P.R. n. 180/50. Prot. N° 0613436/15 del 04/06/2015 quinto dello stipendio<sup>2</sup>), a nome del dipendente/pensionato; la valorizzazione delle "classi di dati" previste per tale tipologia di operazione segue i criteri generali indicati nella vigente normativa per i finanziamenti con piano di rimborso rateale.**

**Coerenti criteri segnaletici vanno applicati nelle segnalazioni di vigilanza individuali e consolidate. In particolare, i finanziamenti in esame vanno rilevati nelle segnalazioni statistiche di vigilanza individuali delle banche nella sottovoce 58005.32 "Finanziamenti - verso clientela: prestiti c/cessione stipendio<sup>3</sup> e nelle segnalazioni statistiche di vigilanza degli intermediari finanziari nella sottovoce 52014.12**

**"Crediti verso clientela - credito al consumo".**

**2) Segnalazione delle rate scadute e non versate/accreditate all'ente titolare del credito.**

**In presenza di disfunzioni nel rapporto tra ente titolare del credito, soggetto terzo interposto e amministrazione terza ceduta (ATC), che determinano ritardi nella retrocessione all'intermediario delle rate del finanziamento regolarmente trattenute, le segnalazioni devono essere effettuate sulla base dei criteri di seguito descritti. Tali criteri non si applicano nei casi in cui l'ente titolare del credito abbia accertato, sulla base delle informazioni in suo possesso o comunque acquisite nell'ambito del rapporto con i soggetti terzi interposti o con le ATC, che l'inadempimento è imputabile al dipendente/pensionato.**

**2.1) Segnalazione a nome dell'ATC o del soggetto terzo interposto.**

Alla data di riferimento della segnalazione CR, l'importo delle rate scadute e non versate (quota capitale e interessi) deve essere segnalato a nome del soggetto al quale viene notificata la cessione del quinto, il terzo debitore ceduto, e quindi a seconda dei casi, a nome del soggetto terzo interposto o dell'ATC, nella categoria "rischi a scadenza" valorizzando il tipo attività "68 cessione del quinto – rate trattenute e non retrocesse". Vanno segnalate con il medesimo importo le classi di dati accordato, accordato operativo e utilizzato e le variabili, durata originaria (A – 5 fino ad un anno) e durata residua (A1 - 5 fino ad un anno) al fine di tener conto dei termini previsti dalla legge per la retrocessione delle rate all'ente titolare del credito (cd. periodi di franchigia legale)<sup>7</sup>. Coerentemente, la variabile stato del rapporto non evidenzierà segnali di default a nome del soggetto terzo interposto o dell'ATC.

## **6. Il credito immobiliare**

La Direttiva MCD (Mortgage Credit Directive) è stata interamente recepita del Decreto MUTUI qui di seguito esposto

### **IL DECRETO LEGISLATIVO MUTUI 72/2016**

#### **L'ulteriore scissione parziale della disciplina di trasparenza bancaria**

In data 20 maggio 2015 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72 (c.d. "Decreto Mutui") [ di attuazione della direttiva 2014/17/UE (c.d. "Mortgage Credit Directive")]. La Banca d'Italia, dopo brevi consultazioni avviate nei mesi di luglio e agosto 2016, ha adottato le disposizioni di attuazione in tema di trasparenza dei contratti di credito immobiliare ai consumatori, verifica del merito creditizio e valutazione dei beni immobili

Prima di addentrarci nelle pieghe e nei risvolti, anche pratici ed operativi, della nuova disciplina dei contratti di credito immobiliare ai consumatori, non può non rilevarsi come il recepimento della Direttiva 2014/17/UE abbia ulteriormente ampliato quel fenomeno che ebbero a definire di "scissione parziale" della disciplina di trasparenza bancaria che risulta, oggi, strutturata in quattro (sotto) regimi retti dalla chiave di volta di cui all'art. 115, comma 3, del TUB La tutela, informativa e conformativa, di per sé necessaria per (quasi) tutti i clienti, risulta essere oggi ulteriormente modulata in funzione delle diverse categorie di clienti (consumatori, clienti al dettaglio, microimprese, ecc.), nonché dei distinti prodotti e servizi bancari ai quali non possono che accedere regole diverse e graduate in funzione delle caratteristiche dei prodotti e servizi e delle connesse esigenze di tutela della clientela e di efficienza dei relativi mercati.

## **2. Ambito di applicazione**

Il Decreto Mutui reca importanti novità con riferimento alla disciplina dei contratti di credito immobiliare ai consumatori, nonché con riferimento alla disciplina degli intermediari del credito (agenti in attività finanziaria, mediatori creditizi, ecc.). Il Testo Unico Bancario risulta integrato mediante l'introduzione di un nuovo Capo I bis che si inserisce nel Titolo VI ed è rubricato "credito immobiliare ai consumatori".

Risulta altresì integrato e modificato il decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 per quanto concerne la disciplina degli intermediari del credito (agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi, ecc.). Sotto il profilo soggettivo, la nuova disciplina si applica ai rapporti con i consumatori. Sotto il profilo oggettivo, la nuova disciplina si applica ai contratti di credito “con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito è garantito da un’ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all’acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato”

La nuova disciplina di cui al Capo I bis del Titolo VI del TUB, pertanto, si applica ai contratti di credito ai consumatori:

1. garantiti da ipoteca su un immobile residenziale;
2. finalizzati all’acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato.

Non è richiesto, di per sé, che il finanziamento sia sempre destinato all’acquisto di un immobile residenziale, essendo di per sé sufficiente, ai fini dell’applicabilità della disciplina del credito immobiliare ai consumatori, che i contratti di credito siano garantiti da ipoteca su un immobile residenziale, indipendentemente dalla finalità e destinazione dello stesso credito. Il legislatore italiano, in sede di recepimento, sembrerebbe inoltre essersi avvalso della facoltà di estendere la disciplina qui in esame anche ai contratti di credito relativi a beni immobili diversi da quelli “residenziali”, quali ad esempio un box o un terreno. Tali (secondi) contratti di credito, “finalizzati” all’acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato, possono essere assistiti da garanzia reale o personale, ovvero possono avere natura chirografaria.

Risultano, di contro, esclusi dalla disciplina qui in esame i contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale. A tali finanziamenti di ristrutturazione di beni immobili residenziali si applicheranno le norme in tema di “credito ai consumatori” di cui al Capo II del Titolo VI del TUB e ciò anche quando siano di importo superiore ad Euro 75.000 .

L’ampia definizione normativa induce a ritenere ricompresi nell’ambito di applicazione della nuova disciplina i contratti di credito immobiliare rivolti ai consumatori che assumono le forme tecniche di mutui ipotecari, credito fondiario, aperture di credito ipotecarie di durata superiore ad un mese, leasing abitativo introdotto dalla legge 28 dicembre 2015 n. 208 (c.d. Legge di Stabilità 2016).

Di contro, risultano esclusi dalla disciplina qui in esame i contratti di credito richiamati nell’art. 120-sexies del TUB.

### **3. Obblighi pre-contrattuali**

In tema di contratti di credito immobiliare ai consumatori, il Decreto Mutui introduce una specifica disciplina degli annunci pubblicitari, nonché un complesso sistema di obblighi e presidi precontrattuali che disegnano un nuovo processo di interlocuzione

tra finanziatore e cliente e che impongono al finanziatore, anche avvalendosi degli intermediari del credito, di:

1. mettere a disposizione del consumatore un documento contenente informazioni generali chiare e comprensibili;
2. consegnare al consumatore il P.I.E.S. contenente informazioni personalizzate necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato;
3. concedere al consumatore un periodo di riflessione di almeno sette giorni previa offerta vincolante formulata dal finanziatore e che deve includere la bozza del contratto di credito;
4. fornire al consumatore chiarimenti adeguati sui contratti di credito ed eventuali servizi accessori proposti.

Occorre rilevare che, ai sensi dell'art. 120-noviesdecies, comma 2, del TUB il "finanziatore e l'intermediario del credito forniscono gratuitamente ai consumatori le informazioni" in tema di contratti di credito immobiliare ai consumatori, ciò anche in deroga al regime delle spese addebitabili di cui all'art. 127-bis del TUB [13]. Tale regime di gratuità, i cui esatti confini risultano ancora poco definiti, sembrerebbe attenersi unicamente alle informazioni previste dalla disciplina del credito immobiliare ai consumatori. Addentrandoci nel nuovo processo di interlocuzione tra finanziatore e consumatore, occorre in primo luogo considerare che, in qualsiasi momento, il finanziatore e l'intermediario del credito devono mettere a disposizione del consumatore un documento, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, contenente informazioni generali, chiare e comprensibili, sui contratti di credito offerti. La finalità precipua della messa a disposizione del documento contenente le informazioni generali è quella di consentire al consumatore di conoscere l'ampia gamma di prodotti e servizi di credito offerti dal finanziatore, nonché le principali caratteristiche degli stessi. Il recupero della rilevanza delle informazioni generali rappresenta, si ritiene, un tratto distintivo e qualificante della Direttiva 2014/17/UE sul credito immobiliare ai consumatori, in raffronto alla Direttiva 2008/48/CE sul credito ai consumatori.

### **Allegato 3 del Provvedimento di Trasparenza**

La Banca d'Italia, avvalendosi del potere attribuitole ed in conformità alla disciplina comunitaria, ha compiuto la scelta di standardizzare il foglio contenente le informazioni generali sul credito immobiliare ai consumatori, attraverso la predisposizione del modello di cui all'allegato 3 del Provvedimento in materia di trasparenza. La scelta appare opportuna e finalizzata a favorire la comprensibilità e la comparabilità delle offerte dei vari finanziatori. Rinviando all'esame del predetto allegato 3 del Provvedimento in materia di trasparenza per tutti i contenuti informativi di dettaglio, in tale sede si richiama l'attenzione sulla circostanza che nel foglio contenente le informazioni generali, in aggiunta alla descrizione delle caratteristiche dei contratti di credito e delle condizioni economiche, i finanziatori devono indicare:

1. le informazioni ed i documenti che il consumatore dovrà fornire ai fini della verifica del merito creditizio ed il termine entro il quale il cliente deve fornire tali informazioni e documentazione [18];
2. la possibilità, ove prevista, per il potenziale cliente di ricevere servizi di consulenza dal finanziatore o da un intermediario del credito;
3. la durata dell'istruttoria, ossia il tempo massimo misurato in giorni che intercorre tra la presentazione della documentazione e la stipula del contratto.

Le predette informazioni potranno incidere e dovranno essere evidentemente coordinate con le successive fasi del processo di interlocuzione pre-contrattuale tra il finanziatore ed il potenziale cliente, potendo determinare i contenuti sia del modulo contenente le informazioni personalizzate (PIES), sia del modulo contenente l'offerta vincolante che saranno di seguito analizzati. Le informazioni personalizzate risultano finalizzate a consentire al consumatore il confronto delle diverse offerte di credito presenti sul mercato, la valutazione delle connesse implicazioni e l'assunzione di una decisione informata in merito alla conclusione di un contratto di credito, ciò anche mediante la richiesta di apposita consulenza prestata anche da soggetti terzi diversi dal finanziatore. Le informazioni personalizzate sono fornite su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso la consegna del modulo denominato **“Prospetto informativo europeo standardizzato” (P.I.E.S.)**, secondo il modello standard contenuto nell'allegato 4E del Provvedimento di Banca d'Italia in materia di trasparenza al quale può essere aggiunto un documento distinto per qualsiasi informazione ulteriore. L'avvenuta consegna del PIES deve essere attestata dal cliente su modulo cartaceo o attraverso altro supporto durevole, con l'espressa indicazione della data di avvenuta consegna. Il PIES include una tabella di ammortamento esemplificativa allorquando (i) il tasso di interesse è fisso per tutta la durata del contratto di credito o (ii) il contratto prevede il rimborso differito degli interessi (gli interessi non sono rimborsati integralmente con le rate e sono aggiunti all'importo totale del credito residuo)

Il P.I.E.S. deve essere consegnato:

- “tempestivamente” [22] e dopo che il consumatore avrà fornito le informazioni necessarie circa le sue esigenze, la sua situazione finanziaria e le sue preferenze [23];
- “in tempo utile” e prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta, per tale dovendosi intendere l'offerta vincolante formulata dal finanziatore ed accettata dal consumatore.

La consegna del PIES, quindi, si interpone tra il momento della raccolta delle informazioni fornite dal consumatore circa le sue esigenze, la sua situazione finanziaria e le sue preferenze ed il momento in cui il consumatore è vincolato alla conclusione del contratto di credito. Se ne desume, pertanto, che la consegna del PIES potrà avvenire in fase antecedente all'elaborazione e rilascio di una offerta vincolante da parte del finanziatore al potenziale cliente, ovvero contestualmente al rilascio della stessa offerta vincolante.

Il legislatore italiano non risulta essersi avvalso della facoltà, pur prevista dalla Direttiva 2014/17/UE [24], di prevedere quale obbligatoria la consegna del PIES prima dell'offerta vincolante. Qualora il finanziatore, strutturando un processo efficiente, sia in grado di acquisire le informazioni dal potenziale cliente circa le sue esigenze, la sua situazione finanziaria e le sue preferenze, procedere ad una rapida istruttoria e quindi ad elaborare e consegnare "tempestivamente" l'offerta vincolante unitamente al PIES, non risulta di per sé necessaria la consegna di un PIES prima dell'offerta vincolante. La consegna di un PIES prima dell'offerta vincolante, in tal caso, andrebbe unicamente ed inutilmente ad ingessare il processo pre-contrattuale di interlocuzione tra il finanziatore ed il consumatore, senza fornire alcuna tangibile utilità al potenziale cliente e, peraltro, ponendo il rischio di possibile confusione ed eccesso di "carta" qualora, come si ritiene potrà accadere di frequente, unitamente all'offerta vincolante potrà essere allegato il PIES. Diversamente, qualora a seguito della raccolta delle informazioni dal potenziale cliente circa le sue esigenze, la sua situazione finanziaria e le sue preferenze, in ragione dei tempi dilatati dell'istruttoria, il finanziatore non sia in grado di elaborare e consegnare "tempestivamente" l'offerta vincolante al potenziale cliente, lo stesso finanziatore dovrà procedere "tempestivamente" alla consegna di un PIES in fase antecedente alla elaborazione e rilascio di una (eventuale) offerta vincolante. La consegna del PIES, avvenuta in fase antecedente o contestuale all'offerta vincolante, deve in ogni caso avvenire "in tempo utile" e prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta vincolante formulata dal finanziatore ed accettata dal cliente. Il legislatore, prima comunitario e poi nazionale, ha quindi voluto concedere al potenziale cliente un adeguato *spatium deliberandi* tra la consegna del PIES (anche contestuale all'offerta vincolante) e l'assunzione di un vincolo a carico del cliente. L'adeguatezza di tale *spatium deliberandi* risulta, peraltro, strettamente correlata al concreto dispiegarsi del processo pre-contrattuale di interlocuzione tra il finanziatore ed il consumatore in cui risultano come dette cadenzate le fasi di:

- messa a disposizione delle informazioni generali;
- consegna e fornitura da parte del cliente dei documenti e delle informazioni necessarie ai fini della valutazione del merito di credito (attività da compiersi nel termine massimo indicato dal finanziatore nel modulo contenente le informazioni generali);
- consegna del PIES (la cui data di consegna deve essere attestata per iscritto dal cliente);
- eventuale rilascio dell'offerta vincolante – diritto del cliente al periodo di riflessione di almeno sette giorni;
- accettazione del cliente e stipula del contratto di credito.

Le fasi di cui alle precedenti lettere c) e d) possono fondersi qualora il rilascio dell'offerta vincolante e del PIES sia "tempestiva" rispetto alla raccolta delle informazioni del cliente inerenti e necessarie ai fini della valutazione del merito di credito.

In tal senso la nuova disciplina di riferimento risulta potenzialmente in grado di accrescere la tutela del cliente in termini di certezza e trasparenza del processo pre-contrattuale, nonché finalizzata a stimolare la concorrenza tra i finanziatori e l'efficiente svolgimento dell'attività di erogazione del credito, anche in termini di necessaria accresciuta celerità del processo di valutazione e delibera del credito. In ogni caso, anche in ragione dei primi enfatici commenti tesi ad affermare l'immanenza nella disciplina del credito immobiliare ai consumatori di un modello di consulenza paritetico alla disciplina dei servizi di investimento (modello c.d. MiFID), pare opportuno rilevare che il considerando n. 44 della Direttiva 2014/17/UE espressamente prevede che "il PIES dovrebbe essere personalizzato e rispecchiare le preferenze espresse dal consumatore, ma la fornitura delle informazioni personalizzate non dovrebbe implicare l'obbligo di un parere". Ancor più chiaro è il testo inglese della stessa Direttiva 2014/17/UE che, sempre al considerando n. 44, espressamente dispone che "while the ESIS should be personalised and reflect the preferences expressed by the consumer, the provision of such personalised information should not imply an obligation to provide advice".

In breve, il rilascio di informazioni personalizzate attraverso la consegna del PIES che tenga conto delle informazioni e delle preferenze espresse dal consumatore, di per sé, non implica un obbligo da parte dei finanziatori e degli intermediari del credito di fornire al consumatore una "consulenza" in materia di contratti di credito immobiliare ai consumatori. Risulta evidente la necessaria distinzione tra il servizio di "consulenza" in materia di contratti di credito e le informazioni personalizzate fornite attraverso il PIES, nonché la circostanza che finanziatori ed intermediari del credito non hanno un obbligo di prestare il servizio di "consulenza" in materia di contratti di credito immobiliare ai consumatori

Come anticipato in precedenza, il consumatore ha altresì diritto, prima della conclusione del contratto di credito, ad un periodo di riflessione di almeno 7 giorni per confrontare le diverse offerte di credito presenti sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata. Durante il predetto periodo di riflessione, l'offerta è vincolante per il finanziatore ed il consumatore può accettare l'offerta in qualunque momento. Appare utile evidenziare che il periodo di riflessione è qualificato quale "diritto" del potenziale cliente e che il legislatore italiano non risulta essersi avvalso della facoltà, pur prevista dalla Direttiva 2014/17/UE, di prevedere un periodo di riflessione obbligatorio [26]. Del resto, pare opportuno ribadirlo, durante il periodo di riflessione di almeno sette giorni il consumatore può accettare l'offerta del finanziatore "in qualunque momento", dovendosi ritenere quindi comprimibile per scelta del consumatore (ma non anche per iniziativa del finanziatore) il predetto periodo di riflessione.

**L'offerta vincolante** per il finanziatore deve essere formulata su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, nonché deve includere la bozza del contratto di credito ed essere accompagnata dalla consegna del P.I.E.S. se: a) il modulo non è stato fornito in precedenza al consumatore; o b) le caratteristiche dell'offerta sono diverse dalle informazioni contenute nel modulo precedentemente fornito.

**La disciplina dell'offerta vincolante**, per il vero minimale contenuta nella direttiva 2014/17/UE e nell'art. 120 novies del TUB, deve essere opportunamente coordinata con la disciplina generale e civilistica. In tema, come noto, l'art. 1329 del codice civile prevede che "se il proponente è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo, la revoca è senza effetto." (...). Secondo le conclusioni sostanzialmente condivise in giurisprudenza e dottrina, la proposta irrevocabile determinata una rinuncia al potere di revocarla proposta da parte dell'offerente: ne consegue che l'eventuale revoca della proposta sarà da ritenersi inefficace e non potrà impedire la conclusione del contratto. La stessa proposta irrevocabile rappresenta una deroga ed una eccezione alla regola generale che prevede la revocabilità della proposta (art. 1328 c.c.) ed ha lo scopo di accordare al destinatario (c.d. oblatore) uno spatium deliberandi in cui decidere se concludere o meno il contratto, potendo in tale periodo confidare sulla irrevocabilità della proposta. La proposta irrevocabile, disciplinata nell'art. 1329 c.c., risulta del resto conosciuta e disciplinata anche in Germania (145 BGB), in Inghilterra, nei Principi Unidroit (art. 2.1.4), nei Principles of European Contract Law (art. 2:202, comma 3) e nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (art. 16, comma 2). La proposta irrevocabile "deve" indicare in modo espresso il termine di irrevocabilità, essere completa ed indicare - anche attraverso la tecnica del rinvio - tutti gli elementi essenziali del contratto a cui si riferisce, essere formulata per iscritto ove finalizzata alla conclusione di un contratto per il quale è richiesta la forma scritta, nonché attribuire all'oblatore (nel caso di specie il potenziale cliente) un diritto potestativo di decidere se e quando concludere il contratto entro il termine previsto.

La proposta irrevocabile "può" indicare, oltre al termine di irrevocabilità, anche un ulteriore termine di efficacia dell'offerta (in relazione a tale secondo termine la proposta è revocabile), prevedere che il termine di irrevocabilità decorra dal compimento di una determinata attività da parte del destinatario che può essere compiuta in un tempo dato, nonché essere sottoposta a condizione risolutiva. Fermi gli elementi "necessari" sopra indicati dell'offerta vincolante, i finanziatori possono quindi articolare la stessa offerta in modo alquanto ampio e discrezionale inserendo specifiche previsioni volte a dare certezza al rapporto con il cliente. Non è da escludere, peraltro, che la formulazione concreta dell'offerta vincolante possa assumere non solo una valenza di tutela della clientela, ma anche assurgere ad elemento distintivo nell'ambito del gioco competitivo tra i finanziatori. L'offerta vincolante, quindi, risulta certamente finalizzata allo sviluppo di un mercato creditizio trasparente ed efficiente. Risulta in primo luogo possibile indicare - in aggiunta al termine di irrevocabilità di almeno 7 sette giorni e che coincide con il periodo di riflessione accordato al cliente - un ulteriore termine di efficacia della proposta che potrebbe essere anche più ampio rispetto al termine di irrevocabilità e, quindi, consentire al cliente consumatore di accettare la proposta anche successivamente alla scadenza del periodo di riflessione. Tale termine di efficacia della proposta, peraltro, potrebbe anche coincidere con il termine di irrevocabilità, essendo utile precisare in tal caso che il termine fissato è da ritenersi indicato sia ai fini della irrevocabilità

dell'offerta, sia ai fini dell'efficacia dell'offerta. In assenza di una indicazione del termine di efficacia dell'offerta, peraltro, l'offerta (pur perso il connotato della irrevocabilità) risulterebbe aperta all'accettazione dell'oblato ex art. 1326, comma 2, c.c. e, quindi, potrebbe rendere necessaria una espressa revoca da parte del finanziatore. L'introduzione del termine di efficacia dell'offerta, quindi, può rispondere ad interessi ad esigenza di tutela di entrambe le parti. Sempre in termini di modulabilità dell'offerta vincolante, fermo il principio della necessaria completezza delle condizioni contrattuali ed economiche della stessa proposta, il finanziatore potrebbe decidere di rinviare alla bozza del contratto di credito ed al PIES allegati all'offerta ai fini della individuazione delle condizioni economiche e contrattuali applicabili, ciò anche nei casi in cui la riconsegna del PIES potrebbe non essere obbligatoria.

Ammissibile risulta altresì l'introduzione da parte del finanziatore di una o più condizioni risolutive legate ad eventi connessi alla situazione economico patrimoniale del potenziale cliente (si pensi alla perdita di impiego), ovvero legate ad eventi connessi allo stato giuridico e di fatto dell'immobile (si pensi ad ipotesi di distruzione integrale o parziale dell'immobile, iscrizioni pregiudizievoli intervenute dopo l'offerta vincolante, ecc). In tal caso il verificarsi dell'evento dedotto in condizione determina l'estinzione della proposta formulata dal finanziatore .

Al fine di consentire al consumatore di valutare se il contratto di credito ed i servizi accessori proposti sono adatti alle sue esigenze ed alla sua situazione finanziaria, il finanziatore o l'intermediario del credito dovrà fornire al consumatore chiarimenti adeguati sui contratti di credito e su eventuali servizi accessori proposti . In coerenza con quanto già previsto in sede di contratti di credito ai consumatori, anche in tema di contratti di credito immobiliare ai consumatori i finanziatori devono adottare idonee procedure interne ai fini di assicurare che il consumatore, prima della conclusione del contratto e per l'intera durata del periodo di riflessione, possa ottenere spiegazioni attraverso una interazione individuale con personale del finanziatore in possesso di una adeguata e aggiornata conoscenza dei prodotti offerti e dei diritti dei consumatori. L'obbligo di assicurare al consumatore la dovuta assistenza ed i chiarimenti adeguati non configura, anche in tal caso, la prestazione di un servizio di consulenza in materia di credito

#### **4. Obblighi di informazione degli intermediari del credito ed ulteriori modifiche al decreto legislativo 141/2010**

Ai fini del credito immobiliare ai consumatori risulta inserita una nuova definizione di **"intermediari del credito"**, in cui sono inclusi gli agenti in attività finanziaria, i mediatori creditizi nonché "qualsiasi altro soggetto, diverso dal finanziatore, che nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale svolge, a fronte di un compenso in denaro o di altro vantaggio economico oggetto di pattuizione e nel rispetto delle riserve di attività previste dalla legislazione vigente, almeno una delle seguenti attività: 1) presentazione o proposta di contratti di credito ovvero altre attività preparatorie in vista della conclusione di tali contratti; 2) conclusione di contratti di credito per conto del finanziatore".

La definizione di intermediari del credito proposta nel nuovo art. 120-quinquies del TUB, valevole solo ai fini del credito immobiliare ai consumatori, risulta quasi (ma non perfettamente) corrispondente alla definizione di intermediari del credito prevista dall'attuale art. 121, comma 1, lett. h) del TUB. Dall'esame del resoconto della pubblica consultazione che ha preceduto l'adozione della nuova Sezione VI bis del Provvedimento di Banca d'Italia in materia di trasparenza si evince che, ad avviso della Banca d'Italia, rientrano nella definizione di "intermedi del credito" ai sensi dell'art. 120-quinquies del TUB, ossia solo ai fini della disciplina del credito immobiliare ai consumatori, i consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede ex art. 31 del TUF e ciò a prescindere dall'iscrizione all'OAM, nonché le banche e gli intermediari finanziari allorquando collocano contratti di credito immobiliare per conto di altri finanziatori. Le norme previste dalla Direttiva 2014/17/UE concernenti gli intermediari del credito hanno natura di minima armonizzazione che consentono, quindi, ai legislatori dei singoli Stati membri l'adozione di disposizioni di maggior rigore per tutelare i consumatori

E' opportuno ricordare, inoltre, che la Direttiva 2014/17/UE introduce il c.d. passaporto europeo per gli intermediari del credito che, pertanto, qualora abilitati ad operare in uno Stato membro europeo, potrebbero operare negli ulteriori Stati membri europei in regime di libertà di stabilimento o libera prestazione di servizi, previo esperimento di apposita procedura di notificazione tra Autorità competenti.

Limitatamente ai contratti di credito immobiliare ai consumatori, al fine di assicurare la massima trasparenza e per evitare abusi derivanti da possibili conflitti di interesse [35], gli intermediari del credito devono fornire ai consumatori, prima della prestazione dei servizi di intermediazione del credito, un set complesso di informazioni circa l'attività dagli stessi prestata, i rapporti con i finanziatori, l'eventuale prestazione del servizio di consulenza, la gamma (ampia o ristretta) di prodotti offerti, le commissioni percepite dai finanziatori e, su richiesta del consumatore, le informazioni comparabili sull'ammontare delle commissioni percepite da ciascun finanziatore.

L'eventuale compenso che il consumatore versa all'intermediario del credito in relazione ai servizi che questi presta dovrà essere comunicato dall'intermediario del credito al soggetto che eroga il finanziamento ai fini del calcolo del TAEG e dovrà essere inserito nel P.I.E.S..Risulta utile evidenziare che gli intermediari del credito hanno, in relazione all'attività dagli stessi svolta avente ad oggetto contratti di credito immobiliare ai consumatori, obblighi di trasparenza pre-contrattuale "propri" da assolvere al momento del primo contatto e prima dell'esercizio di una delle attività di intermediazione, obblighi che si aggiungono ed affiancano agli obblighi di trasparenza pre-contrattuale previsti in capo ai finanziatori.

Si evidenzia inoltre che l'art. 2 del Decreto Mutui prevede una integrazione dell'art. 12 del d.lgs. n. 141/2010 in base alla quale il Ministero dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, dovrà individuare con regolamento "le attività di segnalazione relative ai contratti di credito" immobiliare ai consumatori "che se

prestate a titolo accessorio, non costituiscono esercizio di agenzia in attività finanziaria né di mediazione creditizia”.

Con specifico riferimento all’attività di intermediazione del credito occorre ricordare la Circolare MEF del 21 dicembre 2012 in cui espressamente si afferma che “risulta del tutto pacifico che l’esercizio dell’attività di “segnalazione” è subordinato all’iscrizione nell’elenco tenuto dall’OAM”.

In tale quadro normativo si innesta oggi la Direttiva 2014/17/UE e l’art. 2 del Decreto Mutui sopra richiamato. In particolare, in tema di segnalazione, nella Direttiva 2014/17/UE occorre considerare il considerando n. 74 e l’art. 29, paragrafo 8.

Ai sensi dell’art. 2 del Decreto Mutui, il Ministero dell’Economia e delle Finanze è quindi chiamato ad individuare con regolamento le attività di segnalazione “relative ai contratti di credito” immobiliare ai consumatori che, “se prestate a titolo accessorio, non costituiscono esercizio di agenzia in attività finanziaria né di mediazione creditizia”.

La delega attribuita al MEF di declinare con regolamento le attività di segnalazione in materia di contratti di credito immobiliare ai consumatori risulta di particolare rilevanza. La disciplina dell’attività di segnalazione avente ad oggetto i contratti di credito immobiliare ai consumatori risulta di per sé in linea di discontinuità con il richiamato orientamento espresso dal MEF volto ad attrarre nell’ambito della riserva di attività svolta dai mediatori creditizi anche l’attività di segnalazione (cfr. Circolare MEF del 21 dicembre 2012).

## **5. Verifica del merito di credito**

Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore deve svolgere una valutazione approfondita del merito di credito del consumatore per verificare la sua effettiva capacità, attuale e prospettiva, di adempimento agli obblighi scaturenti dal contratto di credito. La valutazione del merito creditizio è effettuata sulla base delle informazioni relative alla situazione economica e finanziaria del consumatore, informazioni che devono essere sufficienti, proporzionate e opportunamente verificate. Tali informazioni possono essere fornite dal consumatore anche per il tramite dell’intermediario del credito ed il finanziatore può chiedere chiarimenti al consumatore

Con specifico riferimento alla valutazione del merito di credito l’EBA ha elaborato e adottato le Guidelines on creditworthiness assesment del 19 agosto 2015 a cui il nostro ordinamento si è conformato attraverso la modifica delle Circolari della Banca d’Italia n. 285 e 288 applicabili rispettivamente alle banche ed agli intermediari finanziari.

Ai fini della valutazione del merito di credito del cliente, i finanziatori devono tener conto, tra l’altro, della capacità reddituale del consumatore, dei fattori che riducono o potrebbero ridurre la capacità dei consumatori di adempiere agli obblighi derivanti dal contratto di credito, considerando anche potenziali futuri scenari negativi, nonché degli ulteriori impegni di pagamento già assunti dal consumatore.

I finanziatori devono dotarsi di procedure idonee a svolgere la valutazione del merito creditizio del cliente, aggiornare le stesse procedure periodicamente, nonché devono conservare la documentazione concernente il credito immobiliare per un periodo almeno pari alla durata del rapporto contrattuale .

Nel caso in cui le informazioni fornite dal consumatore siano incomplete e l'intermediario non abbia chiesto integrazioni o chiarimenti, ovvero nel caso in cui la valutazione del merito del credito sia stata svolta non correttamente, non sarà possibile per il finanziatore risolvere il contratto di credito, né apportare al contratto modifiche peggiorative per il consumatore ai sensi dell'art. 118 TUB, salvo che il consumatore abbia intenzionalmente omesso di fornire tali informazioni o abbia fornito informazioni false.

Allorquando la domanda di credito è respinta il finanziatore è tenuto a informare il consumatore di tale rifiuto "senza indugio" e, se del caso, del fatto che tale rifiuto è basato sul trattamento automatico di dati. Se il rifiuto della domanda di credito è basata sulle informazioni presenti in una banca dati il finanziatore informa il consumatore del risultato di tale consultazione e degli estremi della banca dati, ciò al fine di consentire al consumatore di esercitare il suo diritto di accesso ai suoi dati censiti nella banca dati al fine di richiedere eventuali rettifiche o cancellazioni.

I finanziatori saranno altresì chiamati ad elaborare e documentare la propria politica di offerta di contratti di credito, che dovrà includere l'elencazione dei tipi di diritti e dei beni su cui può insistere l'ipoteca.

## **6. Valutazione dei beni immobili**

La valutazione dei beni immobili da parte del finanziatore, valutazione che assolve a finalità di tutela tanto dei finanziatori quanto dei creditori, deve avvenire secondo standard affidabili e ciò anche quando sia condotta da soggetti terzi [48]. La predetta valutazione dovrà essere imparziale, obiettiva e documentata, nonché dovrà essere effettuata da persone con specifici requisiti di professionalità e indipendenza rispetto al processo di commercializzazione dei contratti di credito. La Banca d'Italia, avvalendosi della delega attribuitale, ha declinata la normativa secondaria in tema di valutazione dei beni immobili attraverso specifiche previsioni confluite nelle Circolari della Banca d'Italia n. 285 e 288 applicabili rispettivamente alle banche ed agli intermediari finanziari.

Le norme secondarie si muovono lungo quattro direttrici che attengono a ruoli e compiti dell'alta dirigenza, requisiti di professionalità e di indipendenza dei periti, affidamento della valutazione degli immobili a periti esterni, criteri concernenti le attività di valutazione degli immobili.

In primo luogo si prevedono e disciplinano specifici compiti e responsabilità dei vertici aziendali chiamati ad approvare e rivedere, con cadenza almeno annuale, le politiche e i processi di valutazione degli immobili posti a garanzia delle esposizioni, verificandone l'adeguatezza, la funzionalità e la coerenza con il RAF e con il processo di gestione dei rischi. Nell'ambito di tali politiche e processi le banche e gli intermediari finanziari devono individuare gli standard per la valutazione degli immobili a cui intendono aderire, potendo scegliere di adottare standard

internazionali, standard nazionali, ovvero di elaborare e definire standard interni per la valutazione dei beni immobili, purché tali standard interni siano coerenti con gli standard internazionali e nazionali. Nell'ambito delle stesse politiche e processi le banche e gli intermediari finanziari devono altresì individuare la frequenza con cui viene verificato il valore degli immobili, nonché gli indicatori per monitorare nel continuo le variazioni delle condizioni del mercato immobiliare che possono incidere in maniera significativa sul valore degli immobili. Ai fini della "corretta" valutazione del bene immobile residenziale è necessario che i periti che effettuano la valutazione rispondano ad elevati requisiti di professionalità e indipendenza rispetto al processo di commercializzazione del credito o ad aspetti nevralgici del processo di erogazione del credito. La valutazione dei requisiti di professionalità ed indipendente deve essere compiuta dal finanziatore, secondo i criteri indicati, a titolo esemplificativo, dalla Banca d'Italia nella richiamata normativa secondaria.

La medesima normativa secondaria, inoltre, disciplina le regole e le cautele che banche ed intermediari finanziari devono adottare allorché procedono attraverso l'affidamento della valutazione degli immobili a periti esterni, ciò anche al fine di mitigare i connessi rischi e di preservare la capacità di controllo e la responsabilità dell'attività di valutazione degli immobili in capo al finanziatore.

Centrale risulta infine la disciplina, sempre contenuta nella normativa secondaria adottata dalla Banca d'Italia, in merito ai criteri concernenti le attività di valutazione degli immobili. In tale ambito si prevede che l'immobile debba essere stimato a un valore non superiore al valore di mercato secondo la definizione di tale valore contenuta nell'art. 4, n. 76 del Regolamento n. 575/2013 (CRR). La valutazione dell'immobile deve essere documentata attraverso una apposita relazione. Tale relazione deve essere conservata per tutta la durata del rapporto con il cliente e per i dieci anni successivi all'estinzione dello stesso rapporto. Mette conto precisare che la disciplina della valutazione dei beni immobili analizzata nel presente paragrafo non trova applicazione nel caso in cui, in relazione al c.d. patto marciano, sia necessario eseguire una valutazione dell'immobile ai sensi dell'art. 120-quinquiesdecies, comma 4, lett. d), del TUB. In tal caso, infatti, la valutazione dell'immobile oggetto di garanzia – che dovrà essere stimato da un perito indipendente scelto dalle parti o, in caso di mancato accordo tra le parti, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente, con una perizia successiva all'inadempimento del consumatore – dovrà avvenire ai sensi dell'emananda disciplina di competenza del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della Giustizia, sentita la Banca d'Italia.

## **7. Servizi di consulenza**

Il servizio di consulenza in materia di contratti di credito immobiliare ai consumatori è riservato ai finanziatori ed agli intermediari del credito. Il servizio di consulenza si configura allorché sussistono "raccomandazioni personalizzate fornite al consumatore (...) in merito ad una o più operazioni relative a contratti di credito" I finanziatori e gli intermediari del credito potranno decidere se prestare o meno il servizio di consulenza. Non configurano servizio di consulenza l'offerta di contratti di

credito, le forme di pubblicità di contratti di credito, l'adempimento degli obblighi pre-contrattuali in capo ai finanziatori ed agli intermediari del credito, la verifica del merito creditizio, né la valutazione dei beni immobili.

Il servizio di consulenza potrà essere qualificato quale “indipendente” solo se prestato dai consulenti previsti dall'art. 128-sexies, comma 2 bis del TUB iscritti nella sezione speciale dell'elenco dei mediatori creditizi

Il servizio di consulenza deve in ogni caso basarsi su un'analisi equa e sufficientemente estesa riferita ai prodotti offerti, qualora i servizi di consulenza siano forniti dai finanziatori o dagli intermediari del credito con vincolo di mandato, ovvero dei prodotti disponibili sul mercato, qualora i servizi di consulenza siano forniti dai mediatori creditizi o dai consulenti previsti dall'art. 128-sexies, comma 2 bis del TUB [52].

Nell'esercizio dell'attività di consulenza i finanziatori e gli intermediari del credito devono:

- a) agire nel migliore interesse del consumatore;
- b) acquisire informazioni aggiornate sulla situazione personale e finanziaria, sugli obiettivi e sulle preferenze del consumatore C)
- c) fornire al consumatore una raccomandazione personalizzata in merito a una o più operazioni relative a contratti di credito, “adeguata” rispetto ai suoi bisogni e alla sua situazione personale e finanziaria, tenendo anche conto dei possibili rischi per la situazione finanziaria del consumatore per tutta la durata del contratto di credito raccomandato . La raccomandazione deve essere fornita in forma cartacea o su altro supporto durevole;
- d) prendere in considerazione un numero sufficientemente ampio di contratti di credito nell'ambito della gamma di prodotti da essi stessi offerti o, nel caso dei mediatori creditizi, un numero sufficientemente ampio di contratti di credito disponibili sul mercato.

Prima della prestazione del servizio di consulenza, il finanziatore o l'intermediario del credito forniscono al consumatore le informazioni inerenti

- la gamma dei prodotti presi in considerazione ai fini della raccomandazione;
- se del caso, il compenso dovuto dal consumatore per i servizi di consulenza o il metodo di calcolo per determinarlo;
- ove consentito, il compenso percepito dai finanziatori in relazione al servizio di consulenza.

L'art. 120-terdecies del TUB che disciplina i servizi di consulenza relativi ai contratti di credito immobiliare ai consumatori, norma peraltro entrata in vigore in data 1° luglio 2016 e che non prevede norme attuative, non risulta immune da critiche.

La disciplina di un servizio ad elevato valore aggiunto, quale il servizio di consulenza, avrebbe richiesto ben altra formulazione e declinazione della norma, in termini di

compiuta individuazione dei diritti ed obblighi delle parti e ciò al fine di tutelare tanto i “consulenti” quanto i clienti.

E’ sufficiente un rapido confronto tra la disciplina della consulenza in materia di contratti di credito immobiliare ai consumatori disciplinata (solo) nel TUB e la consulenza in materia di investimenti disciplinata nel TUF e nel Regolamento Consob Intermediari per avvedersi dello scarto evidente tra le due discipline con riferimento alla declinazione delle informazioni da acquisire dai clienti, nonché ai criteri per ritenere adeguata o inadeguata la raccomandazione personalizzata fornita al cliente.

Si è persa, probabilmente, un’occasione, tanto più ove si consideri che la normativa comunitaria non poneva vincoli al legislatore nazionale di articolare la disciplina della consulenza in materia di contratti di credito immobiliare ai consumatori

I limiti di compiuta declinazione dei diritti ed obblighi delle parti nella normativa di riferimento potrebbero minare lo sviluppo in Italia del mercato dei servizi consulenza in materia di contratti di credito immobiliare ai consumatori [55], vanificando uno dei tratti qualificanti e innovativi della Direttiva 2014/17/UE.

## **8. Finanziamenti denominati in valuta**

Il Decreto Mutui introduce nel nostro ordinamento una specifica disciplina in tema di credito immobiliare ai consumatori denominati in valuta estera

Ai sensi dell’art. 120-quinquies, comma 1, lett. n) del TUB per “valuta estera” si intende “una valuta diversa da quella in cui, al momento della conclusione del contratto, il consumatore percepisce il proprio reddito o detiene le attività con le quali dovrà rimborsare il finanziamento ovvero una valuta diversa da quella avente corso legale nello Stato membro dell’Unione europea in cui il consumatore ha la residenza al momento della conclusione del contratto”.

Pare doveroso evidenziare che il perimetro applicativo della disciplina dei finanziamenti in valuta estera potrà risultare di non semplice individuazione nell’attività concreta di erogazione del credito da parte di banche ed intermediari finanziari.

Occorre peraltro chiarire che i finanziamenti in valuta non sono necessariamente finanziamenti in valuta diversa dall’euro.

Rientrano infatti nella (sotto) categoria dei finanziamenti in valuta anche i finanziamenti in euro, qualora, al momento della conclusione del contratto di credito, il “consumatore percepisce il proprio reddito o detiene le attività con le quali dovrà rimborsare il finanziamento” in valuta diversa dall’euro.

rientrano altresì nella (sotto) categoria dei finanziamenti in valuta anche i finanziamenti in euro, qualora, al momento della conclusione del contratto di credito, il consumatore sia residente in uno stato che non adotti l’euro.

Ai sensi dell’art. 120 quaterdecies del TUB, se il credito è denominato in una valuta estera, il consumatore ha il diritto di convertire in qualsiasi momento la valuta in cui è denominato il contratto in una delle valute nazionali del consumatore. A tali fini si intendono valute nazionali del consumatore:

- a) la valuta in cui è denominata la parte principale del suo reddito o in cui egli detiene le attività con le quali dovrà rimborsare il finanziamento, come indicato al momento della più recente valutazione del merito creditizio condotta in relazione al contratto di credito;  
ovvero

b) la valuta avente corso legale nello Stato membro dell'Unione europea in cui il consumatore aveva la residenza al momento della conclusione del contratto o ha la residenza al momento della richiesta di conversione.

Il predetto diritto di conversione può essere esercitato quando la variazione del tasso di cambio tra valuta estera e valuta nazionale è pari o superiore al 20% rispetto al momento della conclusione del contratto. Salvo che non sia diversamente previsto dal contratto, il tasso di cambio al quale avviene la conversione è pari al tasso rilevato dalla Banca Centrale Europea nel giorno in cui è stata inviata la domanda di conversione. Se il valore dell'importo totale del credito o delle rate residue varia di oltre il 20 per cento rispetto a quello che risulterebbe applicando il tasso di cambio tra la valuta in cui è denominato il finanziamento e l'euro al momento in cui è stato concluso il contratto di credito, il finanziatore ne informa il consumatore nell'ambito delle comunicazioni previste ai sensi dell'articolo 119 del TUB [57]. Nella medesima comunicazione il finanziatore dovrà altresì informare il consumatore del diritto di convertire il finanziamento in una valuta alternativa e delle condizioni per farlo. Per l'esercizio del diritto di conversione, il finanziatore può prevedere nel contratto che il consumatore debba corrispondere un compenso onnicomprensivo che tenga conto della natura e dell'entità degli oneri finanziari (correlati alla copertura del rischio di cambio) che il finanziatore può essere tenuto a sostenere in relazione alla conversione del finanziamento in una valuta diversa rispetto a quella originaria. Il finanziatore deve dotarsi di sistemi e procedure interne che consentano di ricostruire le modalità di determinazione dei singoli oneri finanziari considerati.

### **9. Inadempimento del cliente – patto marciano**

La nuova disciplina in tema di contratti di credito immobiliare ai consumatori prevede, in caso di inadempimento del cliente, un modello bifasico che potremmo definire “stop e go”. In caso di inadempimento del cliente, il legislatore in prima battuta “frena” e prescrive che l'intermediario debba adottare procedure per gestire in modo proattivo i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti [58]. In merito pare opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che l'EBA ha adottato specifici orientamenti in tema di “arrears and foreclosure” [59], orientamenti peraltro recepiti nel Provvedimento di Banca d'Italia in materia di trasparenza [60], la cui semplice lettura mostra il favor dell'autorità di vigilanza di settore, in linea con il legislatore comunitario, verso forme di conservazione del rapporto, anche su nuove basi, tra il finanziatore ed il debitore in difficoltà. Qualora, peraltro, la gestione proattiva dei casi di inadempimento (fase “stop”) non abbia consentito di superare lo stato di difficoltà del consumatore nei pagamenti, il legislatore, prima europeo e poi nazionale, ha inteso introdurre strumenti volti ad accelerare l'escussione delle garanzie immobiliari (fase “go”).

Rappresenta un fatto notorio che, negli ultimi anni, si è assistito ad un aumento dei consumatori che hanno incontrato difficoltà nel rimborso dei crediti immobiliari e che, al tempo stesso, le procedure esecutive immobiliari hanno confermato la loro sostanziale inefficienza e incapacità di soddisfare gli interessi dei creditori e degli stessi debitori esecutati. È al pari noto che l'Italia, diversamente da quanto previsto in Francia, Germania, Regno Unito e Stati Uniti, di fatto non disciplinava forme di escussione stragiudiziale delle garanzie immobiliari. Muoviamo quindi da un sistema imperniato intorno al dogma del divieto di patto commissorio ed all'accentramento dinanzi all'autorità giudiziaria dell'escussione delle garanzie immobiliari, sistema che ha mostrato, peraltro, la sua sostanziale inefficienza.

In tale contesto occorre peraltro annotare che la giurisprudenza ha da tempo riconosciuto la legittimità del c.d. patto marciano e che il legislatore italiano, di recente, ha aperto una breccia in ambito di escussione privatistica della garanzia immobiliare attraverso l'art. 48 bis del TUB per i crediti erogati alle imprese e garantiti da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato.

L'art. 28, paragrafo 3, della Direttiva 2014/17/UE prevede che "gli Stati membri non impediscono alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito".

Il comma 3 dell'art. 120-quinquiesdecies del TUB prevede la facoltà per le banche e gli intermediari finanziari di convenire con il cliente, al momento della conclusione del contratto, una clausola espressa che preveda che, in caso di inadempimento del consumatore, la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione per intero del debito residuo del cliente derivante dal contratto di credito, ciò anche se il valore dell'immobile restituito o il ricavato della sua vendita siano di importo inferiore al debito residuo. Si prevede quindi ex lege un caso di esdebitazione del consumatore. Qualora il valore dell'immobile, quale stimato dal perito, ovvero l'ammontare dei proventi della vendita fosse superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. Il finanziatore si adopera per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo.

Occorre considerare che qualora il finanziatore intenda proporre l'inserimento di una clausola conforme a quanto previsto dall'art. 120-quinquiesdecies, comma 3, del TUB:

- il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione di siffatta clausola;
- per inadempimento del consumatore si intende il mancato pagamento di un ammontare equivalente a 18 rate mensili;
- tale clausola non può essere pattuita in sede di surrogazione ai sensi dell'art. 120-quater del TUB;
- ove sia prevista tale clausola è necessario che il consumatore sia assistito a titolo gratuito da un consulente per valutarne la convenienza;

il valore dell'immobile verrà stimato, in caso di mancato accordo tra le parti, da un perito nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità dell'art. 696 c.p.c., con una perizia successiva all'inadempimento.

Il Ministero dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Ministero di giustizia, sentita la Banca d'Italia, è chiamato ad emanare le disposizioni di attuazione, relativamente alla corretta applicazione della clausola sopra menzionata. In attesa dell'adozione di tale disciplina secondaria, si possono solo proporre alcune prime riflessioni, o forse sarebbe meglio parlare di auspici. Potrebbe essere utile declinare, nei limiti consentiti, da parte del legislatore secondario la procedura di vendita privata. Nell'art. 120 quinquiesdecies del TUB non è infatti presente una disciplina della vendita "privata" dell'immobile. Si indica unicamente che "in ogni caso, il finanziatore si adopera per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo". Sebbene sembri doversi concludere che la responsabilità della vendita "privata" risulti in capo al finanziatore, in realtà i soggetti da tutelare nell'ambito della stessa procedura di vendita "privata" dell'immobile (oltre al creditore procedente) sono in realtà tre, ossia debitore, terzo acquirente dell'immobile e ulteriori creditori

La normativa secondaria, in particolare, dovrebbe opportunamente disciplinare la procedura di vendita "privata" dell'immobile indicando le modalità e le tempistiche di realizzo e, se del caso, l'intervento "celere" del giudice per risolvere possibili contrasti tra finanziatore e debitore. In merito, si potrebbe attingere, con la dovuta ponderazione data delle specificità dell'ordinamento nazionale, anche alle esperienze dei paesi esteri in cui risulta prevista e disciplinata la c.d. "non judicial foreclosure ed il "repossession". L'emananda disciplina, sempre nei limiti concessi ad un normatore secondario, ed anche le specifiche previsioni contrattuali, nei limiti concessi all'autonomia privata, dovrebbero chiarire cosa si intende per "restituzione del bene", se sia possibile una vendita senza preventivo trasferimento al finanziatore, se sia possibile prevedere nel credito immobiliare ai consumatori un trasferimento condizionato sospensivamente all'inadempimento sul modello di quanto previsto per le imprese dall'art. 48 bis del TUB, quali sono i rapporti tra la procedura di vendita "privata" attivata dal finanziatore ed eventuali ulteriori azioni (esecutive, revocatorie, ecc.) attivate da creditori terzi, se sia è possibile prevedere un mandato a vendere irrevocabile (power of sale), se per attivare la vendita è necessario notificare al debitore un "avviso di vendita" (notice of sale), se a seguito dell'avviso di vendita il debitore avrà il diritto di procedere lui direttamente alla vendita per un tempo determinato, quali sono gli obblighi (di diligenza e forse di rendiconto) della banca in sede di "vendita" dell'immobile, se è necessaria l'eventuale remissione del debito eccedente (art. 1236 c.c.), quale sia la modalità di liberazione della Banca in relazione all'eventuale importo eccedente ricavato dalla vendita, se risulta possibile avvalersi di procedure competitive, delega al notaio ovvero delle c.d. aste telematiche notarili. In attesa della definizione della normativa secondaria, sembra peraltro doversi sin da ora condividere la conclusione secondo cui, in caso di inadempimento da parte del cliente relativo ad un contratto di credito fondiario che contenga il predetto patto marciano, il finanziatore potrà decidere se risolvere il contratto di mutuo ex art. 40, comma 2,

del TUB ed azionare (ove necessaria) la procedura di espropriazione giudiziale, ovvero decidere di azionare il patto marciano, sempre che ne sussistano le condizioni (mancato pagamento di un ammontare equivalente a 18 rate mensili) e procedere attraverso il procedimento privato di escussione della garanzia immobiliare.

Da ultimo, tornando alla vendita giudiziaria dell'immobile, qualora non sia inserita nel contratto di credito una clausola conforme a quanto previsto dall'art. 120-quinquiesdecies, comma 3, del TUB, il finanziatore potrà far ricorso all'espropriazione immobiliare e, qualora a seguito dell'escussione della garanzia residui un debito a carico del consumatore, il relativo obbligo di pagamento sarà attivabile dopo sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva.

### **9. Pratiche di commercializzazione abbinata**

L'articolo 120-octiesdecies del TUB prevede il divieto delle c.d. pratiche di commercializzazione abbinata, che consistono nell'offerta o commercializzazione di contratti di credito in un pacchetto che comprende altri prodotti o servizi finanziari distinti, qualora il contratto di credito non sia disponibile per il consumatore separatamente [63]. Il fulcro intorno al quale ruota la definizione di pratiche di commercializzazione abbinata è rappresentata dalla "inscindibilità" del contratto di credito rispetto agli ulteriori prodotti o servizi che compongono il c.d. "pacchetto". È fatto salvo, peraltro, quanto previsto dall'art. 23, comma 4, del TUF e quanto previsto dall'art. 28 del decreto legge 1/2012 come modificato dalla legge 27/2012 e dall'art. 21, comma 3 bis del Codice del Consumo. Allo stato, il legislatore italiano non sembrerebbe essersi avvalso delle possibilità di introdurre ulteriori deroghe al divieto di c.d. pratiche di commercializzazione abbinata quali previste dall'art. 12 della Direttiva 2014/17/UE. Ammesse dovrebbero peraltro risultare le c.d. pratiche di commercializzazione aggregata per tali intendendosi "l'offerta o la commercializzazione di un contratto di credito in un pacchetto che comprende altri prodotti o servizi finanziari distinti, in cui il contratto di credito viene messo a disposizione del consumatore anche separatamente, ma non necessariamente alle stesse condizioni praticate quando esso è offerto in maniera aggregata con i servizi accessori" [64]. Le pratiche di commercializzazione abbinata, quindi, si caratterizzano per la possibile "scindibilità" del contratto di credito rispetto agli ulteriori prodotti o servizi che compongono il c.d. "pacchetto".

### **7.I contratti parabancari: premessa**

Come noto, la banca può svolgere una serie di servizi di natura finanziaria che rientrano nel concetto del cosiddetto parabancario, rappresentato da tutto ciò che non è strettamente collegato all'intermediazione monetaria, ossia che non comporta lo svolgimento congiunto e collegato della raccolta del risparmio tra il pubblico e dell'erogazione del credito.

Si tratta di un settore di attività collocato a latere della tradizionale attività bancaria, quale suo completamento e consiste in tutti quei servizi di natura finanziaria che sono

svolti dalle banche (o da altri intermediari) a favore della propria clientela per soddisfare interessi che sono collegati all'erogazione del credito ed alla raccolta del risparmio, quali l'assistenza alle imprese, la mediazione nei rapporti di affari, l'erogazione di forme alternative di finanziamento (si pensi al leasing e al factoring). Tali attività possono oggi farsi rientrare nell'ampio genere delle attività finanziarie cui fa riferimento l'art. 10, comma 3, del Testo unico bancario ovvero nelle attività connesse o strumentali cui pure si riferisce la norma citata.

Il leasing

Con l'entrata in vigore del Testo unico bancario, l'esercizio dell'attività di leasing è riservata ai cosiddetti intermediari finanziari ed alle banche.

Il contratto di leasing (o locazione finanziaria), è contratto che non è ancora legislativamente regolato, nonostante la sua rilevante diffusione.

Rappresenta, quindi, uno dei più significativi esempi di contratto socialmente tipico, ma giuridicamente atipico (si parla infatti in proposito di "atipicità standardizzata").

Il termine leasing indica quella particolare operazione contrattuale con la quale un'impresa di leasing (concedente) concede ad un operatore economico (utilizzatore) il godimento di un bene (dal concedente prodotto o acquistato), dietro corrispettivo di un canone periodico, per un periodo determinato, e con il diritto per l'utilizzatore di restituirlo alla scadenza, ovvero di acquistarlo pagando una somma determinata in contratto.

Qualora il bene venga prodotto dallo stesso concedente, il contratto è denominato leasing "operativo".

Il leasing cosiddetto "finanziario" è, per contro, caratterizzato da una più marcata funzione finanziaria, perché qui la società di leasing non è, come nel leasing operativo, un produttore o un commerciante del ramo, ma una vera e propria società finanziaria; cosicché l'operatore che ha bisogno di determinate macchine o apparecchiature, le sceglie direttamente presso il produttore; la società di leasing poi acquista tali beni dal produttore (contratto di compravendita tra azienda produttrice e azienda finanziaria) e li cede in godimento al conduttore.

Il leasing finanziario presuppone, quindi, sempre la presenza di tre soggetti: l'impresa di leasing concedente, l'utilizzatore, ed il fornitore del bene richiesto dall'utilizzatore. All'interno, poi, della categoria del leasing finanziario la giurisprudenza più recente ha elaborato la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo: col primo si realizza sostanzialmente una funzione di finanziamento, con il secondo si tende invece al trasferimento della proprietà del bene.

La Suprema Corte, con sentenza del 26 novembre 1987 n. 8766, ha ritenuto impossibile riportare tout court il leasing nell'ambito dei contratti tipici, e ha ritenuto di applicare a tale istituto la disciplina sui contratti in generale, secondo il principio dettato dall'art.1323 cod. civ. e, per via analogica, quella sui contratti espressamente disciplinati.

Al fine di integrare e correggere la regolamentazione ci si è interrogati su quali fossero le figure contrattuali più vicine al leasing.

Una parte della dottrina avvicina il leasing alla locazione (identificandone l'elemento causale nello scambio tra godimento e pagamento del corrispettivo sotto forma di canone).

Ma proprio la finalità traslativa della proprietà, spesso presente nel contenuto del contratto, hanno convinto altra parte della dottrina ad assimilare il leasing alla vendita con riserva della proprietà, asserendo così l'applicabilità in via analogica degli artt.1523 e segg. cod. civ..

Assai controverso rimaneva comunque la possibilità di applicare al leasing l'art.1526 cod. civ. il quale dispone che se la risoluzione del contratto ha luogo per inadempimento del compratore, il venditore deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno e che, se è stato convenuto che le rate restino al venditore a titolo di indennità, il giudice, secondo le circostanze può ridurre tale indennità. L'ultimo comma estende quanto previsto nei commi precedenti al caso della cd. vendita in forma di locazione, in cui le parti convengono che, al termine del contratto di locazione, la proprietà della cosa sia acquisita dal conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti. Su quest'ultimo punto i maggiori contrasti tra dottrina e giurisprudenza: per la dottrina i canoni previsti nel contratto di leasing venivano considerati quali rate di prezzo in quanto commisurati al valore di scambio del bene. Pertanto il valore residuo era pari ad un'ultima rata di prezzo, con la conseguenza che, nel caso di risoluzione, sorgeva la stessa esigenza di tutela del contraente più debole che è alla base della previsione dell'art.1526 cod. civ..

La Suprema Corte, invece, in diverse pronunce poneva in rilievo che il contratto di leasing finanziario ha una vera e propria causa unitaria caratterizzata dalla funzione creditizia.

Il canone, pertanto, non è semplicemente il corrispettivo per l'affitto del bene prodotto, ma una vera e propria modalità pattizia per la restituzione di un finanziamento.

Più recentemente, la Corte di Cassazione, con sentenza del 1989 n. 5569, ha modificato il proprio orientamento: si è, in sostanza, affermato che la tipologia della locazione finanziaria deve essere messa in correlazione alle modalità di determinazione del canone. Il giudice di legittimità ha, quindi, distinto tra leasing finanziario di godimento, in cui il canone indica solo la controprestazione per il godimento del bene e quindi il contratto deve considerarsi ad esecuzione continuata con la conseguenza che, in caso di risoluzione per inadempimento, i canoni riscossi saranno irripetibili e leasing finanziario traslativo che si ha quando il canone comprende anche una quota del futuro prezzo da pagare da parte del concessionario per l'acquisto del bene.

In quest'ultimo caso saranno applicabili le norme della vendita con patto di riservato dominio.

Il Testo unico bancario riserva l'attività di leasing agli intermedi finanziari e alle banche.

Occorre anche chiedersi se il T.U.B. si occupi solo del leasing finanziario o anche di quello operativo. All'art. 1, comma 2, lettera f) n. 3) il Testo unico bancario parla

esclusivamente di “leasing finanziario” ed in nessuna parte viene invece nominato il leasing operativo.

La ragione va ricondotta al fatto che, ai sensi dell’art.106, comma 2, del Testo unico bancario, gli intermediari finanziari possono svolgere solo (in modo esclusivo) attività finanziaria, con esclusione quindi di quella attività di produzione di beni, che nel leasing operativo viene svolto dall’impresa concedente.

Il sale and lease back (o locazione finanziaria di ritorno)

Il sale and lease back è un’operazione finanziaria con la quale un bene viene alienato dal proprietario ad un’impresa di leasing, che si impegna a concedere lo stesso bene in godimento al venditore ed a riconoscergli un diritto di riscatto, trascorso un determinato periodo di tempo.

Questa figura crea dei problemi in termini di liceità in termini di rispetto del divieto del patto commissorio (art. 2744 cod. civ.).

La vicenda può essere, infatti, inquadrata come alienazione a garanzia di un finanziamento e, come tale, potrebbe anche violare l’art.2744 cod. civ..

La presenza di una finalità di finanziamento non implica, comunque, un automatico contrasto con il divieto del patto commissorio.

La giurisprudenza più recente, prendendo atto dell’utilità di tale contratto di impresa, ha tentato una distinzione tra operazioni di lease back “pure” ed operazioni di lease back “impure” in quanto in frode all’art. 2744 citato.

L’equilibrio tra le prestazioni a carico delle parti è stato assunto come indice per valutare la liceità della fattispecie in esame.

In caso contrario, aumenta infatti il rischio che la funzione di garanzia possa prevalere su quella di scambio. Per evitare che l’operazione di lease back sia attratta nell’orbita del patto commissorio è, pertanto opportuno rispettare una serie di accorgimenti.

Tra i suggerimenti enucleati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per un lease back puro meritano di essere ricordati:

- la previsione di un giusto prezzo di vendita (un’eventuale stima del valore del bene al momento del trasferimento iniziale costituirebbe un importante indice a favore della prevalenza della funzione di scambio rispetto a quella di garanzia);
- la previsione di un “giusto” prezzo di opzione (il prezzo di opzione dovrebbe tener conto del valore del bene alla scadenza, nonché dei canoni già pagati);
- l’inserimento del cd. patto marciano, in base al quale in caso di inadempimento il creditore può rivalersi sulla cosa (facendola propria) ma a condizione che versi al debitore al eventuale differenza tra importo del credito e valore stimato del bene.

## **8.Il contratto di finanziamento garantito da cessione del quinto**

(Art. 38 DPR 180/1950 - Estinzione anticipata di cessione)

Quando siano trascorsi almeno due anni dall’inizio di una cessione stipulata per un quinquennio od almeno quattro anni dall’inizio di una cessione stipulata per un decennio, il cedente ha facoltà di estinguerla mediante versamento dell’intero debito residuo. In tal caso, sull’importo di ciascuna quota mensile di stipendio o salario non ancora scaduta, il cessionario è tenuto a scontare l’interesse pel tempo in cui è

anticipato il rispettivo pagamento, calcolando lo sconto allo stesso saggio al quale fu accordato il mutuo.

Nella stesso caso il Fondo per il credito ai dipendenti dello Stato è tenuto a restituire una quota del premio di garanzia riscosso a norma della lettera b) dell'art. 27, in relazione all'entità della somma pagata in anticipo e al periodo di abbreviazione della garanzia.

Agli effetti dello sconto degli interessi e del premio di garanzia, il versamento a saldo si considera in ogni caso come avvenuto alla fine del mese in cui viene effettuato.

Il contratto di cessione del quinto dello stipendio o della pensione è una delle forme di finanziamento maggiormente praticate e conosciute in Italia. Come qualsiasi tipo di prestito, anche la cessione del quinto può essere estinta in anticipo rispetto alla scadenza naturale oppure rinnovata.

La finanziaria che ha erogato il prestito, dopo aver ricevuto la richiesta di estinzione anticipata o la notizia di interruzione del rapporto di lavoro, effettua un conteggio estintivo del finanziamento. Questo perché, nel calcolare l'importo esatto da versare per estinguere in anticipo il prestito, vi sono delle voci di costo addebitate anticipatamente al cliente che devono essere restituite. Ad esempio, dovrebbero essere restituiti il premio assicurativo per la vita residua del prestito, nonché parte delle commissioni bancarie e di intermediazione.

Teoricamente si tratta di un'operazione matematica non particolarmente complessa, eppure spesso, anzi molto spesso, gli intermediari errano nel fare i conteggi. Sul punto, basti evidenziare che il Governatore della Banca d'Italia con Comunicazione del 10 novembre 2009 aveva già stigmatizzato la diffusa prassi seguita dagli intermediari "di indicare cumulativamente, nei contratti e nei fogli informativi, l'importo di generiche spese, non consentendo quindi una chiara individuazione degli oneri maturati e di quelli non maturati. Tale prassi comporta la difficoltà, e talvolta l'impossibilità, per il cliente di individuare quali oneri debbano essere rimborsati in caso di estinzione anticipata della cessione". E se la società finanziaria ha sbagliato a fare i conteggi? in questo caso, non v'è bisogno di intentare una lunga causa civile, almeno inizialmente. Infatti, se l'estinzione anticipata del finanziamento è avvenuta successivamente al 1 Gennaio 2009, previa presentazione di un reclamo all'intermediario, è possibile presentare un ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) ed ottenere una decisione in tempi rapidi. L'ABF è un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie, costituito da un organismo indipendente ed imparziale che opera attraverso tre Collegi giudicanti dislocati su Milano, Roma e Napoli. I costi per presentare il ricorso all'ABF sono irrisori: solo 20 Euro. Pur senza generalizzare, al fine di comprendere di cosa stiamo parlando, è necessario rilevare che in alcuni casi il cliente potrebbe avere diritto alla restituzione di somme di una certa rilevanza. In un recente caso portato alla cognizione dell'ABF e deciso a Giugno del 2015, un cliente, avendo estinto una cessione del quinto alla rata n. 60 rispetto alle 120 previste originariamente, ha ottenuto dall'intermediario la restituzione di circa €4.400,00. Per il calcolo dell'importo da rimborsare si utilizza, in via equitativa, un criterio proporzionale *ratione temporis*, in base al quale l'importo complessivo di

ciascuna delle voci da restituire (es. premio assicurativo) viene suddiviso per il numero complessivo delle rate e poi moltiplicato per il numero delle rate residue. Si prenda ad esempio un contratto di cessione del quinto con durata di 10 anni (120 rate), in cui è compresa una polizza assicurativa con premio pari ad €2.250. Se il cliente decide di estinguere il finanziamento alla rata n. 52, l'intermediario "dovrebbe" restituire €1.275 ( $2.250/120 \times 68 = 1.275$ ). Medesimo calcolo va effettuato per ogni singola voce di costo da restituire, come le commissioni bancarie, le commissioni di intermediazione e le spese di incasso quote. Ultima precisazione. Gli intermediari, con estrema pervicacia, daranno comunque battaglia prima di riconoscere le pretese dei clienti, sollevando numerose eccezioni in ordine alla irricevibilità del ricorso, alla legittimazione passiva, alla individuazione dei costi da restituire, ai criteri di calcolo ecc. . Per tale motivo, anche se innanzi all'Arbitro Bancario Finanziario non è necessaria l'assistenza tecnica di un difensore, potendo il cliente direttamente presentare prima il reclamo e poi il ricorso, si ritiene quanto mai opportuno avvalersi delle prestazioni di professionisti con specifica conoscenza della materia. Lo stesso ABF ha chiarito più volte che, alla luce della complessità della materia, è quanto mai opportuna se non addirittura necessaria l'assistenza tecnica di un difensore.

Resta inteso che le decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario non sono vincolanti per le parti al pari di una sentenza emessa dal Tribunale, ma se l'intermediario non le rispetta il suo inadempimento è reso pubblico. Il "discredito" che ne potrebbe derivare induce gli intermediari a conformarsi alle decisioni dell'ABF. L'argomento è di grande attualità ed estremo interesse, in quanto un approfondito controllo su tale categoria di finanziamenti estinti in anticipo potrebbe spianare la strada a numerose richieste di rimborso. Al fine di procedere alla verifica del diritto al rimborso ed alla esatta quantificazione delle somme che devono essere restituite, è necessario munirsi del contratto di finanziamento stipulato e del conteggio estintivo inviato dalla società finanziaria. Nel caso in cui tali documenti fossero stati smarriti, è possibile richiederne copia direttamente all'intermediario che, per legge, è tenuto ad inviarli.

Art. 39 - Rinnovo di cessione

E' vietato di contrarre una nuova cessione prima che siano trascorsi almeno due anni dall'inizio della cessione stipulata per un quinquennio o almeno quattro anni dall'inizio della cessione stipulata per un decennio, salvo che sia stata consentita l'estinzione anticipata della precedente cessione, nel qual caso può esserne contratta una nuova purchè sia trascorso almeno un anno dall'anticipata estinzione.

Qualora la precedente cessione non sia estinta, può esserne stipulata una nuova dopo la scadenza dei termini previsti nel precedente comma con lo stesso o con altro istituto, nei limiti di somma e di durata stabiliti negli articoli 5, 6 e 23, ed a condizione che il ricavato della nuova cessione sia destinato, sino a concorrente quantità, alla estinzione della cessione in corso.

Anche prima che siano trascorsi due anni dall'inizio di una cessione quinquennale, può essere contratta la cessione decennale, quando questa si faccia per la prima volta, fermo restando l'obbligo di estinguere la precedente cessione.

Art. 40 - Effetti di una nuova cessione in rapporto alla precedente

In caso di nuova cessione, al primo cessionario è dovuta la restituzione della somma capitale ancora non rimborsata oltre gli interessi pattuiti e maturati fino a tutto il mese nel quale si effettua la restituzione, nonostante qualunque patto in contrario.

Il Fondo per il credito ai dipendenti dello Stato restituisce la quota del premio di garanzia a norma del terzo comma dell'art. 38.

Il mutuante deve pagare al primo cessionario il residuo suo credito contemporaneamente al pagamento al mutuatario del ricavato netto del nuovo mutuo.

L'obbligo della garanzia da parte del Fondo e l'obbligo dell'amministrazione di versare le quote di ammortamento del prestito sono subordinati alla condizione che l'istituto mutuante adempia all'estinzione della precedente cessione.

Il Rinnovo Cessione del Quinto è disciplinato dall'art. 39 del D.P.R. 180/50. Può essere richiesto solo se sono passati i 2/5 della durata complessiva, ovvero il 40% del piano di ammortamento.

Esempio: una Cessione del Quinto con durata di 10 anni è rinegoziabile dopo che sono trascorsi 4 anni ( 48 mesi ) dalla stipula del contratto mentre, una Cessione del Quinto con durata di 8 anni è rinnovabile dopo che sono state pagate 39 rate. C'è tuttavia una eccezione, la regola di cui sopra non va applicata se ad essere rinnovata è una cessione di durata pari a 5 anni ( 60 mesi ) con una nuova operazione a 10 anni ( 120 mesi ). In questo caso si può rinnovare prima che sia trascorso il 40% del piano di ammortamento, generalmente dopo solo 3 rate pagate.

## FINANZIAMENTI REVOLVING

Questo tipo di credito si caratterizza in una somma di denaro messa a disposizione da parte del creditore tramite un conto aperto a nome del cliente. Il mutuatario è libero di usare la sua riserva di cassa, a sua discrezione e a seconda delle sue esigenze. Una volta toccato il credito, il mutuatario deve restituire quanto ha preso in prestito. La particolarità del credito revolving è l'esistenza di una riserva permanente nel conto del cliente. Tale riserva proviene dai rimborsi dello stesso debitore. Infatti, una parte delle rate mensili da lui pagate viene utilizzata dall'istituto di credito per alimentare la sua riserva disponibile. Il che gli permette di finanziare nuovi acquisti, se necessario. Il suo tasso effettivo globale varia da 14 al 16%.

Il credito revolving può assumere diverse forme.

La prima è una formula classica, in cui l'organismo di credito fornisce al mutuatario con una linea di credito. Questa ti permette di chiedere al tuo creditore di concedergli la somma necessaria per realizzare un suo progetto. In questo caso, l'ente creditizio può pagare il suo cliente tramite bonifico o assegno.

Il secondo approccio possibile è quello del prestito direttamente correlato a una carta di credito emessa dalla banca al mutuatario. Questa carta può essere usata come una carta bancaria convenzionale e consente al destinatario di prelevare o effettuare acquisti.

La terza opzione consiste in un prestito legato a una carta privata o fidelity card. Questa carta è rilasciata da gruppo di operatori definito e riconoscibile da un'insegna

ben precisa. In questo caso, l'istituto di credito negozia l'uso della carta con chi la ha emesso. Come suggerisce il nome, la libertà del mutuatario è limitata all'ambito di utilizzazione della sua fidelity card.

La formula del prestito legato ad una carta privata rilasciata però da parte dell'istituzione finanziaria stessa è la quarta forma di credito revolving. La banca emette una fidelity card a suo nome, a beneficio del suo cliente. Quest'ultimo può utilizzare la carta in tutti i magazzini partner dell'istituto di credito.

## L'ONERE DELLA PROVA E LA PROTEZIONE DEL CONSUMATORE

### 1. Onere della prova e sua inversione

Per quanto il riparto processuale dell'onere della prova appaia, nella maggior parte dei casi, semplice ed intuitivo, la distinzione, operata dall'art. 2697 c.c., tra fatti costitutivi del diritto rivendicato in giudizio, che devono essere provati dall'attore, e fatti impeditivi, modificativi od estintivi, la cui prova compete al convenuto, spesso si presenta assai complessa ed opinabile. Non è questa la sede per analizzare i molteplici criteri elaborati per orientare l'interprete nell'applicazione della regola legale: si è sostenuto che i fatti costitutivi si distinguono da quelli impeditivi perché questi ultimi hanno carattere meramente occasionale; che il fatto impeditivo è un fatto che, alla stregua di normalità e verosimiglianza probabilmente non esiste; che, secondo ragionevolezza, l'onere della prova deve essere preferibilmente accollato alla parte che incontra minori ostacoli ad asseverarlo; che, nell'ambito della disciplina di determinati rapporti, è lo stesso legislatore ad indicare chiara-mente, sul piano lessicale, il soggetto da cui si attende la prova di un certo fatto

Quel che qui interessa è evidenziare come frequenti inversioni e modificazioni di ordine legislativo, giurisprudenziale e pattizio complichino ulteriormente il quadro: talvolta l'onere della prova viene posto a carico del convenuto, anziché dell'attore, realizzando una inversione della regola dettata dall'art. 2697 c.c.; talvolta il compito dell'attore viene semplicemente semplificato, agevolando così il suo assolvimento, ed in questo caso, anziché una inversione, si ha una mera modifica della previsione generale

#### 1.1. L'inversione legislativa

Quanto alla legge, le ragioni che giustificano l'inversione o modificazione dell'ordinario assetto probatorio possono essere alquanto differenziate in relazione alle singole ipotesi

È qui sufficiente osservare che in taluni casi il legislatore ha inteso cristallizzare regole di esperienza, che in altri casi ha inteso promuovere interessi ritenuti meritevoli di tutela, che in altri casi ancora ha inteso aiutare il soggetto socialmente od economicamente debole o comunque svantaggiato perché l'attività di indagine può risultare eccessivamente difficile in determinati contesti (lontananza della prova, localizzazione della stessa nella sfera di dominio della controparte ecc.).

#### 1.2. L'inversione giurisprudenziale

Quanto alla giurisprudenza, c'è da tenere presente che nelle sentenze spesso si ritiene ovvia o normale o ragionevole, senza peraltro esplicitare le ragioni di tale ovvietà,

normalità o ragionevolezza, l'inversione o modificazione degli oneri probatori. L'operazione a cui si accenna, che prescinde da specifiche previsioni normative, talvolta giunge ad invertire l'onere probatorio ma con maggiore frequenza si limita a modificarlo, realizzando, a vantaggio dell'attore, una semplificazione del giudizio di fatto: i giudici ritengono che, provata la sussistenza di determinate circostanze, si sia tipicamente in presenza di quanto si deve provare. I parla in proposito di presunzioni giurisprudenziali, intendendosi che il consolidamento in giurisprudenza di uno "schema tipo" di ragionamento sulla regola probatoria non consente più di parlare di presunzioni semplici ex art. 2729 c.c., che costituiscono dei procedimenti logici operati caso per caso dal singolo giudice, e nel contempo non consente ancora di parlare di presunzioni legali vere e proprie at-traverso cui si realizzi l'inversione o modificazione legislativa dell'onere della prova

### 1.3. L'inversione convenzionale

Quanto all'accordo tra le parti, la possibilità che l'onere della prova possa essere invertito o modificato in virtù di un patto viene espressamente contemplata, con alcune limitazioni, dall'art. 2698 c.c. Le parti possono pertanto raggiungere il risultato di chiarire preventivamente tra loro come siano ripartiti i rispettivi oneri probatori, ovviando pattiziamente alle incertezze derivanti dall'applicazione della regola legale, non sempre capace, come in precedenza si è accennato, di offrire all'interprete soluzioni sicure. L'effetto principale della ripartizione convenzionale degli oneri probatori è però di riflettersi sulla concreta azionabilità del diritto e quindi sull'equilibrio contrattuale, suscettibile di venire alterato anche profondamente. Ciò spiega perché l'art. 2698 c.c. disponga la nullità dei patti di inversione o modificazione dell'onere della prova «quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione rende eccessivamente difficile l'esercizio del diritto». Riguardo al divieto di invertire o modificare convenzionalmente l'onere della prova allorché il patto abbia ad oggetto diritti indisponibili, non si pongono specifici problemi: è evidente che se le parti non possono disporre direttamente del diritto non possono disporre neppure indirettamente, agevolando o rendendo più ardua la sua prova in sede giudiziale. Riguardo poi al tema dell'eccessiva difficoltà di esercitare il diritto, che la legge indica quale ulteriore divieto rispetto alla possibilità di stipulare validi patti di inversione o modificazione dell'onere della prova, il problema interpretativo maggiore consiste nel riempire di contenuto la generica formula legislativa. L'eccessiva difficoltà di fornire la prova può infatti dipendere da molteplici fattori, quali il problematico accesso ai dati di fatto o il costo di determinati accertamenti, e soltanto una valutazione complessiva, che tenga conto di ogni aspetto della vicenda, consente di verificare se l'inversione dell'onere probatorio renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto

Deve ritenersi infine che i limiti di cui all'art. 2698 c.c. valgano anche per quei patti che riservino ad un determinato mezzo la formazione della prova o che escludano che quest'ultima possa essere raggiunta in un determinato modo. Tali patti, infatti, incidendo sulla formazione del materiale istruttorio, finiscono per influire sulla

decisione finale del giudice e possono quindi essere considerati quali patti modificativi dell'onere della prova.

## 2. Consumatori e inversione legale dell'onere della prova

### 2.1. Le esigenze di tutela e la formazione di una disciplina speciale

I principi sopra esposti trovano, nella materia consumeristica, una loro peculiare configurazione, venutasi delineando con la comparsa di una legislazione speciale di tutela e con il maturare di una nuova sensibilità nei confronti delle esigenze di protezione dei consumatori. Iniziando dalle inversioni o modificazioni dell'onere della prova che il legislatore ha progressivamente introdotto (parallelamente restringendo la possibilità per le parti di pattuire inversioni o modifiche che, considerato lo squilibrio di forza economica, quasi sempre costituiscono uno svantaggio per i consumatori), i casi maggiormente significativi paiono quelli della prova della responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi, della prova della diligenza dell'intermediario nella prestazione di servizi di investimento finanziario e della prova della natura abusiva della clausola nei contratti disciplinati dagli artt. 1469-bisss. c.c.

### 2.2. Le singole ipotesi: la prova del danno da prodotti difettosi

Storicamente, il primo intervento legislativo di modificazione della regola probatoria a favore del consumatore è stato, nel nostro ordinamento, quello operato dall'art. 8 della legge 24 maggio 1988, n. 224, di attuazione della direttiva 25 luglio 1985, n. 85/374/CEE, sulla responsabilità del produttore per danno cagionato da prodotti difettosi alla persona o alle cose del danneggiato. In argomento è importante ricordare che, poiché quasi mai il produttore vende direttamente quanto produce, ma tra la produzione e la distribuzione finale si interpone il fenomeno delle cosiddette vendite a catena, generalmente il produttore risponde verso il consumatore dei difetti del proprio prodotto a titolo di responsabilità extracontrattuale e non a titolo di responsabilità contrattuale. Ciò poneva il problema, per il consumatore che agisse in giudizio, di provare, in applicazione delle regole generali ricavabili dagli artt. 2043 e 2697 c.c., la colpa del produttore, posto che la colpa è da considerare fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno extracontrattuale. Come è facilmente intuibile, offrire un tal tipo di prova appariva estremamente difficile per il consumatore. Questa è la ragione per cui, in un'ottica di protezione della parte debole, il legislatore, dettando l'art. 8 della legge n. 224 del 1988, ha previsto che, una volta provato il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno, il danneggiato non deve provare (come invece dovrebbe secondo la regola generale valevole nel campo extracontrattuale) anche la colpa del fabbricante, ma è quest'ultimo a dover provare i fatti che possono escludere la sua responsabilità. Si è così raggiunto il risultato di far operare a vantaggio del consumatore, nonostante l'assenza di un diretto rapporto contrattuale con il produttore, la regola di ripartizione dell'onere della prova valevole ex art. 1218 c.c. in materia di responsabilità contrattuale, quando il contratto abbia ad oggetto una obbligazione di risultato, dove all'attore basta provare il dato oggettivo dell'inadempimento dell'altra parte (nel nostro caso, l'inadempimento consistente nell'aver venduto un prodotto difettoso) e il danno conseguente.

### 2.3. Segue.... la prova della diligenza nella prestazione di servizi di investimento finanziario

Nell'attuale periodo, segnato da scandali e crolli finanziari, è però forse più significativo il disposto dell'ultimo comma dell'art. 23 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, secondo cui, nei giudizi di risarcimento del danno cagionato al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento finanziario, sono le società di intermediazione mobiliare, le banche e gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, a dover assolvere «l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta» nell'esercizio della loro professione. In sostanza, a fronte di una azione di risarcimento danni, il consumatore non deve provare la colpa della banca contro cui agisce (mentre dovrebbe farlo, se si applicassero i principi generali, dal momento che, a prescindere dal titolo contrattuale o extracontrattuale della responsabilità, l'intermediario finanziario non è contrattualmente tenuto ad obblighi di risultato, ossia ad assicurare la redditività dell'investimento, bensì solo ad obblighi di diligenza nell'attività di intermediazione). È la banca, al contrario, a dover provare di aver operato diligentemente e quindi, innanzitutto, a dover provare di aver adeguatamente informato il cliente. L'intermediario finanziario ha infatti il dovere, ex art. 21, d.lgs. n. 58 del 1998, di operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati; il che, ai sensi dell'art. 28 del regolamento Consob 1° luglio 1998, n. 11522, si traduce nell'obbligo di consegnare agli investitori un dettagliato documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari e soprattutto nell'obbligo di fornire «all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento». Questi principi sono stati recentemente applicati da un giudice territoriale, adito da una coppia di coniugi resisi acquirenti presso la propria banca di una ingente quantità di obbligazioni argentine (i famigerati "tango bonds"), divenuti carta straccia a seguito della grave crisi finanziaria abbattutasi sullo Stato emittente. Tale giudice ha avuto l'occasione di rilevare come l'onere di provare di avere agito con la specifica diligenza richiesta, posto a carico dei soggetti abilitati all'esercizio dei servizi di investimento dall'art. 23, ultimo comma, d.lgs. n. 58 del 1998, non fosse stato assolto dall'istituto di credito convenuto. In particolare, la banca non avrebbe assolto l'onere di provare di essersi comportata in conformità di quanto prescritto dagli artt. 21, d.lgs. n. 58 del 1998 e 28 del regolamento Consob n. 11522 del 1998, non essendo stata in grado di provare di aver fornito una adeguata informazione circa la natura altamente rischiosa dell'investimento (nel periodo antecedente l'acquisto dei titoli, le maggiori agenzie specializzate in materia avevano attribuito ai titoli di debito argentino un rating estremamente basso, rivedendo ripetutamente al ribasso le proprie previsioni, ma non è stato provato che i clienti fossero stati espressamente avvertiti di tale circostanza). Per questi motivi la banca è stata considerata colpevole di aver agito senza la specifica diligenza prescritta e quindi condannata al risarcimento del danno subito dagli acquirenti delle obbligazioni, quantificato in una somma pari all'entità dell'investimento,

essendo ormai improbabile, dopo le pubbliche dichiarazioni di default da parte dello Stato argentino, un futuro rimborso.

Una ulteriore ipotesi di inversione legislativa dell'onere della prova si ricava dalla disciplina speciale di tutela dei consumatori innestata nel corpo del codice civile, agli artt. 1469-bis ss. c.c., dall'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, di attuazione della direttiva n. 93/13/CEE. La ricordata disciplina speciale si caratterizza per la qualità soggettiva dei contraenti: uno dei contraenti deve essere un consumatore e l'altro un "professionista", vale a dire una persona fisica o giuridica che esercita una attività imprenditoriale o professionale. Essa prevede, ai sensi del comma 1 dell'art. 1469-Bis c.c., che si considerino vessatorie ovvero, secondo una diversa terminologia, "abusive" (e cioè tali da realizzare a danno della parte debole un "abuso") le clausole che «determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». Dall'abusività della clausola discende, ex art. 1469-quinquies, comma 1, c.c., la sua inefficacia.

In base ai principi generali, il consumatore che intendesse far dichiarare l'inefficacia di una clausola abusiva dovrebbe quindi provare che essa determini a suo carico un significativo squilibrio. Il suo compito è tuttavia fortemente semplificato dal comma 3 dell'art. 1469-bis c.c., con cui il legislatore, invertendo in pratica l'onere della prova dell'abusività, ha disposto che «si presumono vessatorie fino a prova contraria» le numerose clausole tipizzate ai numeri da 1) a 20) del medesimo comma. Toccherà dunque al professionista, quando ricorra una delle ipotesi di cui ai nn. da 1) a 20) dell'art. 1469-bis c.c., semmai provare che il significativo squilibrio non si realizza, negando così la sussistenza dell'abusività. Toccherà inoltre al professionista, questa volta in applicazione della regola generale di ripartizione degli oneri probatori, anche l'eventuale prova che la clausola sia stata individualmente trattata, circostanza, da cui consegue, ai sensi del comma 4 dell'art. 1469-ter c.c., l'esclusione dell'abusività della stessa.

La prova della trattativa individuale, peraltro, non potrà ritenersi assolta per il solo fatto che il contratto sia stato stipulato davanti a un notaio: la lettura del contratto imposta dalla legge notarile non può certo garantire che le clausole contrattuali raccolte nell'atto pubblico costituiscano il risultato di una trattativa. La prova della trattativa individuale non potrà trarsi neppure dalla circostanza che la clausola sia stata scritta di proprio pugno dal consumatore o comunque risulti specificamente approvata mediante apposita sottoscrizione. L'esperienza dei contratti per adesione ha dimostrato che la specifica approvazione per iscritto, richiesta a pena di inefficacia per le clausole vessatorie ex art. 1341 c.c., appresta una tutela formale del tutto insufficiente, a cui la legge sulle clausole abusive ha inteso per l'appunto ovviare: la specifica approvazione per iscritto rende sicuri che la clausola sia stata conosciuta (e nemmeno sempre, visto che la firma sotto le clausole o il richiamo alle clausole vessatorie viene spesso concessa dal sottoscrittore senza sufficiente consapevolezza), ma la prova della conoscenza della clausola non dimostra che si sia svolta una trattativa, potendo benissimo l'aderente essere stato messo di fronte alla scelta alternativa, non negoziabile, tra "prendere o lasciare". Né potrà riconoscersi efficacia

ad una dichiarazione inserita in calce al contratto in cui il consumatore attesti che le clausole siano state oggetto di specifica trattativa: tale attestazione costituirebbe una confessione stragiudiziale che, in quanto prova legale, avrebbe per effetto di sancire a carico del consumatore limitazioni all'efficace deduzione di diversa prova. Ed è pertanto evidente che, rendendo una dichiarazione del tipo di quella descritta, il consumatore renderebbe una dichiarazione di scienza assimilabile, in forza del rinvio operato dall'art. 1324 c.c., alla stipulazione della clausola vessatoria prevista dal n. 18 del comma 2 dell'art. 1469 c.c., che per l'appunto considera vessatorie e quindi inefficaci ex art. 1469-quinquies c.c. le clausole che hanno per oggetto o per effetto di sancire a carico del consumatore limitazioni all'allegazione di prove. Non a caso, del resto, nell'ordinamento tedesco, il n. 15 del § 11 dell' ABG-Gesetz, subito dopo aver previsto l'inefficacia dei patti di inversione dell'onere della prova, contempla l'inefficacia della clausola, inserita in condizioni generali di contratto, con cui il predisponente faccia attestare all'altra parte fatti determinati, tra i quali può per l'appunto ricomprendersi l'avvenuto svolgimento di trattative. Riguardo invece all'ipotesi del comma 3 dell'art. 1469-ter c.c., secondo cui non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge, non sembra necessario che essa venga allegata e provata dal professionista che intenda negare l'abusività: l'ipotesi della riproduzione di disposizioni di legge deve essere infatti ricondotta, più che al giudizio di fatto, al giudizio di diritto, in relazione al quale opera il principio iura novit curia

3. Consumatori e inversione giurisprudenziale dell'onere della prova

3.1. La mancanza di una normativa sulle azioni collettive risarcitorie

Oltre che materia prediletta per l'inversione o modificazione legislativa dell'onere della prova, il campo della tutela dei consumatori si caratterizza per la circostanza che i giudici si sono mostrati propensi ad attenuare l'onere probatorio posto a carico dei consumatori, rinunciando spesso a pretendere la prova rigorosa dei fatti posti dalla parte debole a fondamento della propria domanda. Per descrivere e comprendere tale fenomeno, pare utile riflettere sul fatto che, nascendo soprattutto su impulso dell'Unione europea e costituendo il risultato di successive stratificazioni, il sistema italiano di tutela processuale dei consumatori è di recente e disorganica formazione. In altri termini, il legislatore si è mosso, più che perseguendo un coerente piano d'azione, dando di volta in volta attuazione alle direttive emanate a livello comunitario su singoli, ancorché importanti, aspetti di disciplina. Ciò ha comportato l'emergere di una disciplina alquanto frastagliata e con vistose carenze. Da un lato, si è avuta una introduzione solo parziale, in pratica limitata alla sola tutela inibitoria, delle azioni collettive e cioè delle azioni che possono venire instaurate, nell'interesse della generalità dei consumatori, dagli enti esponenziali degli stessi, quando vengano violati interessi collettivi o diffusi.

Dall'altro lato, proprio la mancanza di una soddisfacente disciplina delle azioni collettive, che (quanto meno secondo l'interpretazione consolidata in giurisprudenza) non consente ai consumatori di ottenere il risarcimento del danno subito o il rimborso di somme ingiustamente pagate, ha indotto il movimento consumeristico a cogliere le opportunità offerte da istituti processuali non

specificamente concepiti per la tutela dei consumatori ma, piuttosto, a suo tempo immaginati per la trattazione e la decisione delle piccole liti. Si è così assistito, negli ultimi anni, al fenomeno dei ricorsi di massa al giudice di pace ossia al giudice, appartenente alla magistratura onoraria, a cui l'ordinamento italiano attribuisce la competenza sulle cause di valore più basso e presso cui la procedura è connotata da semplicità, velocità ed economia. Lo schema applicato è lineare. Dapprima, uno o più soggetti, supportati dai legali delle associazioni, intentano cause pilota dinanzi al giudice ordinario oppure denunciano alle competenti autorità di vigilanza, come l'Antitrust o la Consob, comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori. Se tali cause ovvero le denunce si risolvono favorevolmente, creando gli opportuni precedenti, i legali delle associazioni predispongono appositi moduli che, normalmente in cambio di una sollecitazione al tesseramento, vengono messi a disposizione dei singoli consumatori per avviare presso il giudice di pace il procedimento volto ad ottenere la liquidazione del danno individualmente subito, che di solito è modesto e quindi rientra nella competenza del magistrato onorario. In questo modo, i consumatori possono ottenere un titolo esecutivo rapidamente e quasi senza affrontare costi legali, posto che davanti al giudice di pace le parti sono legittimate a stare in giudizio personalmente, quando la causa non ecceda il valore di un milione di lire o comunque il giudice autorizzi la difesa personale, pur dovendosi avvertire che l'assistenza di un avvocato torna necessaria in sede di gravame, la cui possibilità è condizionata alla previsione, da parte della legge, dell'appellabilità della sentenza

### 3.2. Segue. ...da cui la supplenza di prassi giurisprudenziali

L'accoglimento delle domande di ciascuno dei singoli consumatori che agisca per ottenere il risarcimento della quota di danno individualmente subito dovrebbe, in teoria, essere ostacolato dall'obbligo di provare, ex art. 2697 c.c., tutti gli elementi costitutivi della pretesa. In pratica, però, i giudici di pace non esigono che, nei procedimenti di volta in volta intentati a seguito dell'esito positivo di una causa pilota o di un provvedimento di una autorità di vigilanza, i singoli consumatori provino nuovamente quanto già accertato altrove. Ovviamente, la pronuncia resa in un altro processo non può esplicare efficacia di giudicato, essendo stata resa tra altre parti. Né tanto meno questa efficacia può averla un provvedimento di una autorità di vigilanza, che non è nemmeno un provvedimento giurisdizionale.

La spiegazione è dunque che in questa situazione si formino quelle che, come si è precedentemente illustrato, si definiscono quali presunzioni giurisprudenziali. Esonerando il consumatore dal provare quanto già provato in una causa pilota o in procedimento dinanzi ad una autorità di vigilanza si realizza, infatti, una semplificazione del giudizio di fatto. Una tale modificazione degli oneri probatori è del resto ragionevole se si tiene presente che una vera parità delle armi tra le parti non è certo possibile quando il singolo consumatore agisca isolatamente dinanzi al giudice di pace, spesso addirittura senza l'assistenza di un avvocato, mentre è possibile che in una causa pilota le associazioni dei consumatori riescano ad organizzare un collegio di difesa e a mobilitare risorse comparabili a quelle degli avversari. E ciò può

essere ancora più vero quando a monte vi sia un provvedimento di una autorità di vigilanza, considerato che nei procedimenti assegnati alla competenza di questi organismi il riequilibrio delle posizioni di forza è dato anche dall'attribuzione alle stesse autorità di penetranti poteri di indagine.

#### 4. Consumatori e inversione contrattuale dell'onere della prova

##### 4.1. Il limite dell'eccessiva difficoltà all'esercizio del diritto

Passando infine al tema dell'inversione o modificazione contrattuale dell'onere della prova nei contratti con i consumatori, bisogna innanzitutto osservare che la genericità della formula dettata dall'art. 2698 c.c., secondo cui sono nulli i patti probatori quando rendano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, consente di argomentare la tesi della rilevanza della natura soggettiva dell'onerato. Potrebbe pertanto sostenersi che il requisito dell'eccessiva difficoltà nel fornire la prova sia in re ipsa quando ad essere onerato dal patto di inversione o modificazione sia un consumatore, considerata la complessità dei procedimenti produttivi, la vastità dell'organizzazione imprenditoriale e tutti gli altri fattori di squilibrio che giocano a favore della parte forte del contratto

##### 4.2. La vessatorietà della clausola di inversione o modificazione nei contratti standard

La conclusione per la nullità dei patti di inversione o modificazione dell'onere della prova diretta-mente in virtù della norma generale dettata dall'art. 2698 c.c. è però insicura, in quanto affidata ad una opzione interpretativa che, sia pur ragionevole, può non essere condivisa dal giudice chiamato ad applicare la norma. Né miglior risultato sembra potersi trarre dalla disciplina dei contratti per adesione di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.. È vero che i contratti per adesione, caratterizzati dal fatto di contenere condizioni generali che il predisponente utilizza in una serie indefinita di occasioni per regolare uniformemente i suoi rapporti, sono particolarmente diffusi in materia di consumo. Ed è altresì vero che in questo tipo di contratti le clausole vessatorie sono efficaci solo se specificamente approvate per iscritto. Tuttavia, mancando una espressa previsione legislativa, si tende ad escludere che le clausole di inversione o modificazione dell'onere della prova siano vessatorie ai sensi dell'art. 1341 c.c. La regola fondamentale consolidatasi durante gli ultimi decenni nell'applicazione del comma 2 dell'art. 1341 c.c. è infatti quella secondo cui le ipotesi di vessatorietà contemplate nell'art. 1341 c.c., pur suscettibili di interpretazione estensiva, si considerano tassative, data la natura eccezionale della norma, che impone un onere formale di specifica sottoscrizione in deroga al principio generale della libertà delle forme.

In ogni caso, poi, la tutela offerta dagli artt. 1341 e 1342 c.c. si è normalmente dimostrata di scarsa utilità. Basti in proposito ribadire che di rado la formalità della specifica approvazione per iscritto raggiunge realmente lo scopo di sollecitare l'aderente, posto di fronte a clausole che appaiono onerose o pericolose, a prendere conoscenza e valutare le condizioni predisposte dall'altro contraente, stimolando in questo modo la sua capacità di reazione: è noto che nella quasi totalità dei casi le clausole vessatorie sono sottoscritte meccanicamente, senza nemmeno leggerle, e

comunque è certo difficile pensare che la parte debole abbia una effettiva possibilità di ribellarsi e costringere il predisponente a negoziare.

4.3. L'abusività della clausola di inversione o modificazione nei contratti con i consumatori: la previsione generale

Si torna così agli artt. 1469-bis ss. c.c., dei quali già si è detto che disciplinano specificamente i contratti con i consumatori, comminando, ex art. 1469-quinquies, comma 1, c.c., la sanzione dell'inefficacia alle clausole (cosiddette abusive) che determinino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, senza possibilità di evitare tale conseguenza semplicemente apponendo una specifica sottoscrizione, come invece avviene nell'ambito dei contratti per adesione di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.

Per quanto riguarda i contratti stipulati tra professionisti e consumatori, non c'è dubbio che i patti sulla prova e di inversione o modificazione dell'onere della prova siano, in linea di principio, abusivi. La legge in proposito è chiara. Il comma 3 dell'art. 1469-bis c.c., fornendo un dettagliato elenco di numerose ipotesi di clausole che si presumono abusive, recita al n. 18 del comma 3: si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di sancire a carico del consumatore «limitazioni all'allegazione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova». Debbono pertanto presumersi vessatorie sia le clausole che vietino al consumatore di dedurre uno o più mezzi di prova (ad esempio, la prova testimoniale) o riservino l'ammissibilità a solo uno di essi (ad esempio, una riproduzione meccanica, un contrassegno, una certificazione di un certo tipo, o più genericamente la sola prova scritta), sia le clausole che, pur lasciando integro l'arsenale probatorio messo a disposizione dalla legge in relazione ai fatti che il consumatore ha il dovere di dimostrare, ripartiscano il rischio del mancato raggiungimento della prova in maniera diversa da quella fissata dalla regola legale dettata dall'art. 2697 c.c. È appena il caso di precisare che, nonostante la sua inclusione nell'elenco di cui al comma 3 dell'art. 1469-bis c.c., la clausola di limitazione alla deduzione di prove o di inversione o modificazione dell'onere della prova può non essere abusiva, dato che la sua vessatorietà è solo presunta

Difficilmente, però il professionista sarà in grado di provare che la clausola non realizza, in concreto, nessun significativo squilibrio a carico del consumatore o (cosa di cui si è in precedenza dimostrata la sostanziale impossibilità) che è stata oggetto di trattativa individuale e che quindi, in base, rispettivamente, agli artt. 1469-bis, comma 1, e 1469-ter, comma 4, c.c. non deve essere considerata abusiva. Difficilmente inoltre ricorrerà l'ipotesi esimente dalla vessatorietà di cui al comma 3 dell'art. 1469-ter c.c., sulla riproduzione di disposizioni di legge. Non è infatti agevole riscontrare, nel nostro ordinamento, ipotesi legislative di limitazione all'allegazione di prove o di inversione o modificazione della regola legale dell'onere della prova a sfavore del consumatore, riscontrandosi semmai ipotesi di segno contrario. Né può ritenersi che la riproduzione di norme semplicemente regolamentari (che offrono maggiori probabilità di racchiudere ipotesi vessatorie nei sensi del n. 18 dell'art. 1469-bis c.c.) possa escludere l'abusività della clausola, dovendosi preferire l'opinione secondo cui

l'esimente comprende la riproduzione delle sole disposizioni di legge in senso formale. Diversamente avrebbe scarso significato pratico che il legislatore abbia espressamente previsto, al comma 2 dell'art. 1469-bisc.c., che il professionista possa essere, ai fini dell'applicazione della disciplina sulle clausole abusive, una persona giuridica pubblica: le clausole contenute nei contratti degli enti pubblici di regola riproducono disposizioni legislative di carattere per lo più regolamentare e pertanto, se si vuole rispettare il canone ermeneutico che impone di scegliere tra le varie interpretazioni possibili quella che valorizza maggiormente il dato normativo, si deve concludere che la riproduzione di una disposizione regolamentare non esclude l'abusività della clausola.

#### 4.4. Segue. ...la casistica

Passando ai profili operativi, sia in dottrina che in giurisprudenza sono state individuate diverse ipotesi nelle quali opera la presunzione di vessatorietà di cui all'art. 1469-bisc.c. In generale, si è avvertito che sarebbe vessatoria la clausola che intendesse imporre forme convenzionali ad probationem o che intendesse impedire la prova testimoniale, ad esempio vietando che, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto o di ogni altra circostanza, il giudice ammetta ex art. 2721, comma 2, c.c. la prova per testimoni dei contratti anche laddove il valore dell'oggetto ecceda le lire cinquemila. Più specificamente, in materia bancaria, si è affermato, dapprima con riferimento alla lett. q dell'allegato alla direttiva e poi con riferimento all'art. 1469-bis, comma 3, n. 18, c.c., che tra le clausole presunte vessatorie rientra il patto probatorio con cui il cliente e l'eventuale fideiussore riconoscono che i libri e le scritture contabili della banca ovvero le registrazioni effettuate dagli sportelli automatici fanno piena prova nei loro confronti e rinunciano così a valersi di altri mezzi probatori mediante i quali contrastare le altrui risultanze. che i libri e le scritture contabili della banca ovvero le registrazioni effettuate dagli sportelli automatici fanno piena prova nei loro confronti e rinunciano così a valersi di altri mezzi probatori mediante i quali contrastare le altrui risultanze. Riguardo a ciò si è scritto che tra le clausole abusive c'è «senz'altro quella, un tempo diffusa nei contratti bancari (in particolare nel contratto di conto corrente), con la quale il cliente riconosce che i libri e le scritture contabili della banca fanno prova piena nei suoi confronti, così precludendosi la possibilità di prova contraria con altro mezzo»; che «sono da presumere abusive anche quelle clausole con cui il fideiussore dichiara di accettare, a fini probatori, le risultanze contabili dell'istituto bancario creditore»; che risulta vessatoria alla luce dell'art. 1469 bis, comma 3, n. 18, c.c. pure «la clausola con la quale, nei moduli contrattuali relativi al servizio bancomat, è stabilito che l'addebito in conto delle somme previste viene eseguito dall'azienda di credito in base alle registrazioni effettuate automaticamente dalle apparecchiature cui è collegato lo sportello bancomat presso il quale è stato effettuato il prelievo e documentate dal relativo giornale di fondo, le cui risultanze fanno piena ed esclusiva prova nei confronti dell'utente»

Recependo tali opinioni, la giurisprudenza ha avuto modo di dichiarare la vessatorietà di clausole attributive del valore di prova legale, nei confronti del cliente, a

determinate scritture della banca. Più precisamente, è stata dichiarata la vessatorietà della clausola, rinvenuta nell'ambito di condizioni generali di contratto predisposte da un istituto di credito, secondo cui «gli estratti dei libri e delle altre scritture contabili della banca fanno piena prova nei confronti del cliente» e della clausola secondo cui «l'addebito in conto delle somme prelevate viene eseguito dalla banca in base alle registrazioni effettuate automaticamente dallo sportello automatico abilitato presso il quale è stato effettuato il prelievo e documentate dal relativo giornale di fondo, le cui risultanze fanno piena ed esclusiva prova nei confronti del correntista, anche nel caso di eventuale rilascio di comunicazione scritta contestuale a ciascun prelievo. In materia assicurativa, anche qui dapprima con riferimento alla lett. q dell'allegato alla direttiva e poi con riferimento all'art. 1469-bis, comma 3, n. 18, c.c., si è invece affermato che devono ritenersi abusivi i patti sull'onere della prova con cui si intenda accollare all'assicurato la dimostrazione di non aver cagionato il sinistro. È stato in proposito scritto che «tra le clausole abusive implicanti una inversione dell'onere della prova, potrebbero ora ricadere tutte quelle, frequenti nei contratti di assicurazione, che addossano all'assicurato, ai fini dell'accertamento del diritto all'indennizzo, l'onere di provare la insussistenza del nesso di causalità tra il sinistro e l'evento contemplato in una clausola di esclusione» e potrebbero in particolare ritenersi presuntivamente vessatorie quelle particolari clausole «che subordinano il pagamento dell'indennità alla prova, posta a carico dell'assicurato, che il sinistro non fosse stato determinato da dolo o colpa grave dell'assicurato stesso o delle altre persone indicate in polizza». Ed in effetti non si è tardato, in giurisprudenza, a riconoscere la vessatorietà della clausola che, comportando un'inversione della regola generale probatoria secondo cui è a carico dell'assicurato dimostrare la sola sussistenza del danno a lui prodotto da un sinistro coperto dalla garanzia assicurativa, subordina il pagamento dell'indennizzo (nel caso di apertura di una procedura giudiziaria volta ad accertare le cause del sinistro) alla prova da parte dell'assicurato di non aver agito con dolo o colpa grave ossia alla prova della non sussistenza della causa di esclusione dell'obbligo dell'assicuratore prevista dall'art. 1900 c.c.

## **Da giustizia insieme • 1 / 2010 59**

### **giustizia civile**

### **L'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi plurimi: rimedi inibitori, rimedi risarcitori, tecnica legislativa**

**Bruno Spagna Musso, Massimo Manfredonia**

#### **1. Premessa – I lavori parlamentari**

Il nuovo testo dell'art. 140 bis del Codice del consumo, di cui al decreto legislativo n. 206/2005, è entrato in vigore il 1° gennaio 2010 (ai sensi dell'art. 23 co. 16°, d.l. 1.7.2009 n.78).

Esso prospetta rispetto al precedente testo dell'azione collettiva risarcitoria, originariamente prevista dalla legge n. 244/2007, un evidente “abbassamento” di tutela degli interessi plurimi del nostro ordinamento.

I numerosi rinvii dell'entrata in vigore di quella che enfaticamente viene definita "azione di classe" testimoniano il sofferto iter legislativo di approvazione della legge e, con esso, l'evidente intenzione politica di non inserire nell'ordinamento un'efficace e generalizzata forma di tutela degli interessi iperindividuali.

E infatti:

— la legge 23 luglio 2009, n. 99 recante "disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia" (G.U. Serie generale n. 176 del 31 luglio 2009, suppl. ord. n. 136 /L), con l'art. 49 ha modificato l'art. 140 bis (dicui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e alla legge 244/2007);

— l'art. 2 della legge del 4 dicembre 2007, n. 244, che ha aggiunto l'art. 140 bis al codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, introducendo nell'ordinamento italiano la tutela collettiva risarcitoria, con il co. 447° ha previsto una vacatio legis di centottanta giorni;

— l'art. 36 d.l. 25 giugno 2008, n. 113, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, sotto la rubrica class action ha, inoltre, stabilito "anche al fine di individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica nei confronti delle pubbliche amministrazioni, all'articolo 2, comma 447, della legge 4 dicembre 2007, n. 244, le parole 'decorsi centottanta giorni' sono sostituite dalle seguenti 'decorso un anno'";

— l'art. 19 d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, conv. in l. 27 febbraio 2009, n. 14, ha poi modificato detto ultimo termine, prevedendo che "le parole 'decorso un anno' sono sostituite dalle seguenti: 'decorsi diciotto mesi'";

— ancora l'art. 23, co. 16°, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, ha sostituito le parole 'decorsi diciotto mesi' con 'decorsi ventiquattro mesi';

— ne è conseguito che l'entrata in vigore, prevista per luglio 2008, è stata differita a gennaio 2009, a luglio 2009, e, quindi, a gennaio 2010, mentre l'art. 4, l. 4 marzo 2009, n. 15, ha fissato i principi e i criteri direttivi della delega per l'introduzione della tutela collettiva nei confronti della pubblica amministrazione, con ciò statuendo un'incomprensibile duplicazione di tutela collettiva: una nei confronti delle imprese (appunto con l'art. 140 bis) e l'altra nei confronti della pubblica amministrazione.

2. La tutela inibitoria e la tutela risarcitoria nel nostro ordinamento: le relative figure in relazione ad interessi collettivi

Nel nostro ordinamento accanto alla tradizionale tutela di tipo risarcitorio (di cui all'art. 1218 c.c. in tema di inadempimento contrattuale ed agli artt. 2043 e 2059 c.c. in tema di illeciti extracontrattuali, rispettivamente, per le lesioni di interessi patrimoniali e non patrimoniali) non può negarsi la configurazione di un'autonoma tutela del tipo inibitorio, avente ad oggetto la richiesta al giudice ordinario di disporre l'impedimento o la cessazione di un fatto lesivo, di ordine sia patrimoniale che non patrimoniale.

I dubbi e le incertezze in ordine alla configurabilità di una tutela inibitoria a carattere generale, a fronte di tassative e limitate ipotesi nei soli casi previsti dalla legge, risultano oggi superabili ove si consideri che per rendere effettiva la protezione della persona, anche quale contraente debole, indipendentemente da mere asserzioni di

principio, è indispensabile legittimare, in modo assoluto (e non solo in casi sporadici previsti esplicitamente dal legislatore), la tutela inibitoria quale finalizzata al contrasto di atti pregiudizievoli per l'umana personalità.

Se, dunque, la tutela risarcitoria, nella prospettiva patrimonialistica del diritto civile, era giustamente da considerarsi come esclusiva o prevalente, la stessa non risulta più adeguata in relazione all'esigenza di far venir meno comportamenti che già in sé turbano il corretto sviluppo della personalità da danni economicamente valutabili.

Al primo nucleo di norme codicistiche direttamente configuranti detta ultima tutela di tipo preventivo o inibitorio (art. 7 c.c. in tema di tutela del nome e art. 844 c.c. riguardo alle immissioni), vanno sempre più aggiungendosi ulteriori previsioni come quelle di cui all'art. 1469 sexies c.c., di recente "inglobato" dalla normativa prevista dal Codice del consumo e di cui sopra, per l'inibizione dell'uso contrattuale delle clausole vessatorie e dell'art. 14 della l. n. 549 del 1993 avente ad oggetto misure a tutela dell'ozono atmosferico e dell'ambiente; a tale sempre più ampia disciplina sul piano sostanziale deve poi raccordarsi quella corrispondente rinvenibile in sede processuale, caratterizzata, in particolare modo, dall'art. 700 c.p.c. per l'emissione di provvedimenti provvisori ed urgenti, e dagli artt. 669 bis e seguenti c.p.c. riguardanti i sequestri definiti conservativi.

Dall'esame di tale quadro normativo si deduce che detto tipo di tutela inibitoria è riconducibile sia al singolo (art. 7 c.c.), sia ad organismi quali enti ad associazioni, quantomeno nei casi in cui vi è un'esplicita previsione normativa in proposito (art. 37 Codice del consumo); è evidente quindi l'ormai consolidato riconoscimento nel nostro sistema di diritto sostanziale del profilo collettivistico della legittimazione di agire in giudizio (non solo per azioni di tipo risarcitorio).

Si presenta dunque l'urgenza di novellare ulteriormente il vigente codice di procedura civile nel senso di affermare esplicitamente e in via generale, come del resto già prospettato nell'art. 90 del nuovo codice procedura penale, la costituzione in giudizio di organismi plurindividuali.

Deve comunque mettersi in evidenza che, mentre in virtù degli artt. 37, 139 e 140 del vigente Codice del consumo, legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, sono direttamente ed in proprio" le associazioni previste dal richiamato art. 137, la c.d. azione di classe in esame, di tipo risarcitorio, è (come si evidenzia in seguito) essenzialmente di tipo individuale (anche se con possibilità di adesione da parte di altri soggetti appartenenti alla classe).

3. L'esigenza di un'effettiva azionabilità, sul piano processuale, degli interessi plurimi; il modello statunitense

Il nostro sistema processuale civilistico, nonostante i continui e recenti interventi legislativi, non risulta "aggiornato" in relazione alla sempre più pressante esigenza di rendere azionabili in giudizio posizioni sostanziali plurime, riguardanti cioè più soggetti; da un lato, infatti, è ormai acquisito alla nostra cultura dottrina e giurisprudenziale il dato sociale anche riguardo alla tradizionale nozione di diritto soggettivo, come evidenziato dal sempre più accentuato rilievo dei diritti fondamentali (definiti anche sociali o collettivi) della persona, ma, dall'altro, ancora da

mettere a punto è la tutela giurisdizionale a fronte dei cd. mass torts, vale a dire di condotte illecite (contrattuali o extra-contrattuali) plurioffensive (contemporaneamente lesive di più soggetti).

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la soluzione adottata dal nostro legislatore (sulla base del modello europeo cd. Verbandsklage) è quella che possiamo definire della "collettivizzazione" degli interessi diffusi, vale a dire della costituzione in giudizio di una pluralità di soggetti mediante un ente esponenziale e rappresentativo degli stessi, preindividuato dal legislatore; palesi esempi normativi in proposito sono l'art. 18 della l.n. 349/86, che, in tema di tutela ambientale, prevede la costituzione in giudizio, nelle forme dell'intervento ad adiuvandum, di determinati enti (quali portatori degli interessi della collettività al corretto sviluppo del territorio), l'art. 136 del Codice del consumo (unitamente al già richiamato art. 37 del Codice del consumo) e l'art. 3 della l.n. 281/98, norme che riconoscono, per la tutela dei consumatori, la relativa legittimazione ad agire alle "associazioni dei consumatori e degli utenti" (inserite nell'elenco di cui all'art. 5 a tutela degli interessi collettivi).

Sarebbe auspicabile un tipo di azione collettiva a tutela dei consumatori, non solo ispirata ma "modellata" sulla class action statunitense, vale a dire un'azione, accessibile a tutti e senza costi, iniziata da un soggetto che chiede al tribunale di essere autorizzato ad agire per sé e per altri che si trovano nella medesima situazione; si tratta quindi di uno strumento processuale funzionale all'interesse di quanti, avendo subito un identico danno, possano avvalersi dell'attività processuale condotta da un soggetto (named representative) anche nel loro interesse.

Attualmente siamo molto "lontani" da detto modello statunitense.

Appare evidente che negli Stati Uniti il sistema della class action, riguardante intere categorie di soggetti, più correttamente individuabili nella nozione giuridica di status, risulta più immediato e diretto in quanto non richiede il tramite di un ente esponenziale; occorre, però, superare il punto, allo stato non compatibile con il nostro sistema processuale, dell'unico soggetto che, agendo in giudizio senza esplicito conferimento di un potere in tal senso da parte di altri, estende la tutela giurisdizionale anche a quest'ultimi.

Il modello di azione di classe statunitense, infatti, a differenza di quello recentemente entrato in vigore in Italia, risulta più efficace ai fini della tutela risarcitoria di una pluralità di soggetti (costituenti appunto una classe) per i torti subiti da imprese; delle quattro fasi che lo contraddistinguono (precertification, certification, trial o dibattimento, sentenza), particolare rilievo assumono le prime due rispetto alla disciplina procedurale dell'art. 140 bis in esame.

Nella fase della precertification, se più soggetti che intendono rappresentare la classe si candidano ad agire, è la Corte competente a selezionare "il più idoneo", in virtù di determinati criteri, e comunque chi agisce entro venti giorni dal deposito dei relativi atti (c.d. complaint) ha l'onere di render nota (attraverso ad esempio l'annuncio sui giornali maggiormente diffusi) la richiesta di certification e di nomina a rappresentante degli altri componenti la classe; la fase poi di certification, caratterizzata da una particolare attività di notifica svolta dalla Corte per informare

tutti i potenziali membri della classe dell'inizio di un'azione collettiva, determina alcuni rilevanti effetti procedurali, tra cui la sospensione dei termini di prescrizione e, soprattutto, l'automatica estensione degli effetti della sentenza a tutti i soggetti che rientrano nella classe, tranne la facoltà di esercizio del c.d. opt-out, che impedisce il formarsi del giudicato nei suoi confronti.

È evidente a tal punto che mentre nell'azione di classe italiana è il soggetto componente la classe a doversi rendere partecipe per far sì che gli effetti della sentenza si realizzino anche nei suoi confronti (mediante giustizia civile la c.d. adesione – opt in), negli Stati Uniti avviene esattamente l'opposto, in quanto il danneggiato, nell'ambito della classe, si avvarrà “automaticamente” degli effetti della sentenza, salva la possibilità di esercitare appunto il c.d. opt-out (cioè la richiesta di essere escluso dal giudicato).

#### **4. L'attuale disciplina dell'“azione di classe” (in sostituzione dell'azione collettiva risarcitoria): analogie e tratti differenziatori con la precedente formulazione del testo dell'art. 140 bis**

Deve premettersi che la nuova disciplina di detto art. 140 bis, rispetto al testo di cui alla legge 244 del 2007 (mai entrato in vigore per quanto già esposto), è paradossalmente più che un'azione collettiva un'azione di tipo individuale, con l'ulteriore caratteristica di prospettare una serie di disincentivi alla proponibilità dell'azione stessa.

Infatti, il primo comma statuisce che “i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe... a tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitato cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni”.

Si rileva, in proposito, che, nonostante il titolo della norma in esame sia ora quello di “azione di classe” (in sostituzione della precedente più corretta intestazione “azione collettiva risarcitoria”), la norma stessa disciplina in primo luogo “diritti individuali” da far valere mediante un'azione che non è, in realtà, collettiva in senso tipico perché proposta da un ente (associazione o comitato) su delega, in una sorta di sostituzione processuale, tra l'altro poco o per nulla ricorrente nel nostro sistema.

In relazione al secondo comma, l'azione ha ad oggetto “diritti contrattuali in relazione a fattispecie di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.”; non meglio specificati “diritti spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto”; “diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”.

“Titoli”, quindi, per agire in giudizio sono i contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c. ovvero atti illeciti extracontrattuali, pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali, sul presupposto che siano lesi i diritti di una pluralità di utenti.

In proposito, occorre osservare che il riferimento all'art. 1342 c.c. non può interpretarsi in modo strettamente letterale sia perché è l'art. 1341 c.c. (“condizioni generali di contratto”) che ha ad oggetto la previsione di clausole predisposte unilateralmente da una delle parti (generalmente un imprenditore) per regolamentare

uniformemente una serie indefinita di rapporti, sia perché l'art. 1342 c.c. si riferisce alla particolare disciplina del solo fenomeno dei contratti per adesione (conclusi mediante formulari); con la conseguenza che la disciplina delle due norme può anche integrarsi in relazione a ipotesi contrattuali in cui le condizioni generali del contratto sono unilateralmente predisposte mediante formulari, come anche va applicata all'ipotesi in cui le imprese, quali quelle di trasporto, non utilizzino detti moduli.

Se l'art. 140 bis indica specificamente i legittimati attivi, non indica invece in modo esplicito chi sono i legittimati passivi: vertendosi in tema di contratti di consumo, l'azione in questione deve ritenersi esperibile nei confronti di imprenditori e produttori di beni commerciali, con esclusione della pubblica amministrazione.

La circostanza, inoltre, che proprio perché l'art. 140 bis, a differenza dell'art. 37 Codice del consumo in tema di azione collettiva inibitoria avente ad oggetto le clausole abusive, non pone limiti in ordine ai legittimati passivi, rende plausibile la tesi che l'azione collettiva risarcitoria sia proponibile anche nei confronti di soggetti (pubblici e privati) non rientranti nelle dette qualifiche ma che comunque ledono, con i loro atti e comportamenti, le posizioni dei consumatori e degli utenti. Tale orientamento risulta in linea sia con la ratio della legge in questione, di prevalenza degli interessi del consumatore e delle figure ad esso assimilate, sia con quanto stabilito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (n. 4630/2007), secondo cui la legge n. 287/1990, in materia di antitrust, "non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere".

Al comma 3 è disciplinata la complessa e non certo agevole procedura di adesione all'azione di classe da parte di consumatori che "intendono avvalersi della procedura di cui al presente articolo"; infatti l'adesione deve essere fatta valere "con la relativa documentazione probatoria... anche tramite l'attore".

È di tutta evidenza che quella che inizialmente, come detto in precedenza, si prospetta come azione individuale (anche se su delega ad un ente) e che dovrebbe, con la previsione in esame di cui al terzo comma, "recuperare" la natura di azione collettiva, "rimane" azione proposta dal singolo, con un'improbabile adesione di altri consumatori stante la complessità dell'iniziativa soprattutto sul piano probatorio.

Come detto, infatti, sul punto il sistema americano appare più "snello", oltre che meglio finalizzato alla "regola" della generale estensione degli effetti della sentenza nei confronti dei componenti della classe, rappresentati in giudizio, salva l'esplicita richiesta di esclusione da parte del soggetto interessato.

Tale adesione appare riconducibile esclusivamente al piano processuale e non sostanziale, nel senso che determina la partecipazione al processo dell'aderente, mediante il deposito del relativo atto in cancelleria, entro il termine fissato dal giudice ai sensi del nono comma lett. b) dell'art. 140 bis in esame e sulla base dell'adempimento di un autonomo onere probatorio a carico dello stesso aderente.

Questa valenza tipicamente processualistica differenzia, tra l'altro, in modo netto la figura dell'adesione in questione dall'estensione nei confronti del subconduttore degli

effetti della nullità o risoluzione del contratto di locazione di cui all'art. 1595, terzo comma c.p.c.: gli effetti della sentenza di detta nullità o risoluzione del contratto di locazione, a seguito della relativa azione proposta dal locatore nei confronti del conduttore, si estendono infatti al subconduttore in virtù di un "titolo" sostanziale (il rapporto di sublocazione) e non di un istituto operante comunque nel processo, quale l'adesione in esame.

Rilevante è, poi, il filtro di ammissibilità sulla domanda da parte del tribunale competente che dichiara, di conseguenza, la domanda inammissibile allorché risulti "manifestamente infondata" o "quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2 nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente gli interessi della classe": si tratta di parametri di valutazione ai fini dell'ammissibilità estremamente generici e dal contenuto incerto, con particolare riferimento all'ultimo di quelli elencati.

Tale previsione manifesta la chiara intenzione del legislatore di rendere l'azione di classe in questione, dal punto di vista della disciplina processuale, una specie di "corsa ad ostacoli", anche in considerazione della circostanza che, in caso di inammissibilità, chi ha promosso l'azione di classe potrà essere condannato al pagamento delle spese del procedimento ed a risarcire i danni da lite temeraria.

Detta azione, in caso di accoglimento della domanda, si conclude con una decisione mediante la quale il tribunale "pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme"; risulta pertanto che la sentenza può essere sia di condanna che di accertamento, il che non appare in linea con quanto enunciato al primo comma in materia di "restituzione", lasciando nel vago i poteri decisorii in ordine ai provvedimenti adottabili.

Ancora, la norma prevede che "la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti", con ciò inserendo nel nostro sistema processuale figure nuove quali quelle dell'aderente e della sentenza che fa stato nei confronti dello stesso. Non è dato comprendere gli esatti termini entro i quali l'aderente, non essendo parte del giudizio e non venendo tipicamente definito quale interventore, diventi destinatario degli effetti della pronuncia in questione (come già sopra rilevato).

In definitiva, ne emerge un quadro disciplinare assolutamente non di tutela del consumatore, dal punto di vista di salvaguardia del suo status configurante una collettività, e che non prende in considerazione l'esigenza sempre più avvertita di rendere effettiva, sulla base del dato costituzionale dello stato sociale, l'azionabilità degli interessi plurimi.

Evidenti sono le differenze, purtroppo in peius, rispetto al precedente testo di cui alla già richiamata legge n. 244 del 2007:

a) dal punto di vista della legittimazione, risulta evidente che le associazioni non hanno più una legittimazione diretta in quanto possono essere solo delegate dal singolo e non rileva più la loro rappresentatività in tema di interessi collettivi;

- b) scompaiono quasi del tutto le nozioni di “collettività” e di “interesse collettivo” e compaiono atipiche figure di “classe” e di “pluralità di consumatori e utenti”, tranne uno sporadico riferimento al comma 14 ove si afferma che “è fatta salva l’azione individuale dei soggetti che non aderiscono all’azione collettiva”;
- c) cambia il sistema di individuazione della competenza, specificamente riguardo ad alcuni tribunali;
- d) l’adesione di altri consumatori (dapprima alle associazioni e comitati e oggi all’iniziativa del singolo utente o consumatore) si effettua sul piano non più sostanziale bensì tipicamente processuale e deve essere supportata da prove documentali non previste nella “vecchia” disciplina;
- e) è escluso in modo tassativo dal comma 10 l’intervento di terzi ex art. 105 c.p.c., mentre in precedenza era previsto l’intervento litisconsortile del consumatore;
- f) in caso di accoglimento della domanda, la pronuncia non è, come in precedenza, essenzialmente di accertamento in ordine ai criteri liquidatori ma può essere anche di condanna.

Bruno Spagna Musso

Consigliere della Corte di cassazione

\* \* \*

1. L’art. 49 della L. 23 luglio 2009 n. 99, entrato in vigore il 1° gennaio 2010, apporta all’azione di classe significative modifiche rispetto al testo dell’art. 140–bis del Codice del consumo di cui al D. lgs. 6 settembre 2005 n. 206. Se queste siano, o meno, da condividere lo diranno le prime applicazioni pratiche dell’istituto, ma è possibile evidenziare fin da ora alcuni rilievi sulla tecnica di formulazione dell’enunciato normativo, che appare in più di un punto carente quanto a qualità terminologica ed a coerenza sistematica e lessicale.

2. Appare anzitutto paradossale che l’art. 140–bis n. 2 a) rechi l’inciso “... inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile...”, quasi a voler evitare la pretermissione di una tipologia contrattuale che sarebbe stata altrimenti esclusa dall’ambito di applicabilità della norma, quando i fenomeni economici cui l’azione di classe si rivolge attengono proprio, ed esclusivamente, a contratti che, in quanto di massa, non possono conoscere altra regolamentazione di quella di cui agli art. 1341 e 1342 c.c. Sarebbe stato quindi sufficiente il richiamo alla natura contrattuale dei diritti degli appartenenti alla classe, mentre una volta richiamato l’art. 1342 c.c. non si poteva non richiamare anche l’art. 1341 c.c. per non rischiare di escludere i diritti nascenti da contratti verbali, o comunque da contratti non formalizzati attraverso la sottoscrizione di moduli o formulari ed ai quali non si dubita che la norma abbia inteso anche riferirsi.

3. L’art. 140–bis n. 2 b) identifica il soggetto passivo dell’azione di classe nel produttore. Ciò però implica che ove non si ritenga di poter superare la tipicità del richiamo ritenendo implicito il riferimento agli artt. 114 – 127 del Codice del consumo, se ne dovrebbe dedurre l’esclusione della legitimatio ad causam del fornitore e dell’importatore, e ciò pur nei casi in cui questi sarebbero, per il Codice del consumo,

tenuti a rispondere. Probabilmente non era questa l'intenzione del legislatore della L. 99/2009.

4. L'adesione dell'appartenente alla classe è disciplinata dall'art. 140-bis n. 3 – che ragioni di coerenza sistematica avrebbero consigliato di inserire dopo il n. 9 per non accreditare l'idea di una possibile adesione anteriore alla conclusione della fase di ammissibilità dell'azione – che dispone che l'atto di adesione sia depositato in cancelleria "... anche tramite l'attore", così evidentemente permettendosi all'aderente di provvedere direttamente al deposito di quell'atto indipendentemente dalla, ed anche contro la, volontà dei promotori. Ciò rappresenta, però, un evidente rischio per la complessiva funzionalità dell'azione di classe. Questa è disciplinata, quanto al giudizio di 1° grado, in due fasi, la prima, necessaria, introdotta dalla notifica dell'atto di citazione e definita con il deposito dell'ordinanza che si pronuncia sull'ammissibilità dell'azione; la seconda, eventuale, che dà avvio al formarsi della classe secondo i caratteri distintivi fissati nell'ordinanza ammissiva, e, quindi, allo svolgimento dell'istruttoria ed al giudizio. I singoli appartenenti alla classe, tuttavia, non dovrebbero poter intervenire prima del deposito dell'ordinanza ammissiva. Ai fini della buona riuscita dell'istituto, infatti, è essenziale garantire ai promotori il rispetto, da parte degli aderenti, dei termini del mandato che questi ultimi, parti del giudizio solo in senso sostanziale ed in quanto tali privi di alcun potere processuale di impulso, dovrebbero necessariamente conferire ai primi, parti in senso anche processuale, ed in quanto tali esposti ai costi ed alle spese del giudizio; mandato del quale dovrebbe darsi notizia al pubblico, anche quanto agli aspetti economici dell'adesione, attraverso le forme di pubblicità autorizzate dal Tribunale con l'ordinanza ammissiva, previa deliberazione del suo contenuto permessa dal n. 6 dell'art. 140-bis (laddove si prevede che il giudizio di inammissibilità possa discendere anche dalla ritenuta inidoneità del proponente a curare adeguatamente l'interesse della classe a motivo, ad esempio, della non meritevolezza, anche per i termini economici proposti, dell'iniziativa presentata nella proposta di mandato). Più in particolare, l'atto di citazione dei promotori dovrebbe contenere anche una parte negoziale esprimente la loro proposta di mandato da formularsi sotto forma di offerta al pubblico ex art. 1336 c.c. ed alla quale dare efficacia attraverso la pubblicità disposta dall'ordinanza ammissiva, ritenutane la conformità agli interessi della classe. Tale offerta al pubblico dovrebbe anche contenere l'enunciazione delle obbligazioni che, tanto i promotori, quanto i mandanti-aderenti, andrebbero vicendevolmente ad assumere, i quali ultimi verrebbero presumibilmente richiesti di farsi carico di una frazione predeterminata di costi, oltre che dell'obbligo di presentare l'adesione nei modi e nei termini precisati nell'offerta. È solo interpretando in questo modo il rapporto tra i promotori e gli aderenti, invero, anche tenendo conto del controllo di legalità svolto dal Tribunale e di cui sarebbe espressione l'ordinanza ammissiva, che si può pensare che i promotori possano sentirsi indotti ad assumere i rischi, potenzialmente assai rilevanti, di un'azione che non solo li espone all'anticipazione di costi massicci, ma che ben potrebbe concludersi con una condanna alle spese per importi straordinari persino prescindendo da una loro condanna per responsabilità aggravata (v. art. 96 III° co. c.p.c.). Poiché l'art. 140-bis

n. 3, nell'inciso sopra riportato, non sembra interpretabile nel senso che si possa precludere all'aderente l'iniziativa individuale di deposito dell'adesione indipendentemente dall'instaurazione di alcun rapporto giuridico di natura contrattuale con i promotori, la norma appare sul punto mal concepita, con possibili gravi ricadute sul complessivo funzionamento dell'azione.

5. Sempre l'art. 140-bis n. 3 dispone che "...Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione...". Il legislatore ha qui dato prova di opinabile tecnica legislativa perché la sua preoccupazione era evidentemente solo quella di dover equiparare l'atto di adesione alla domanda giudiziale ai fini di far acquisire all'aderente l'effetto interruttivo permanente del termine prescrizionale (come più congruamente espresso dal n. 2 dell'art. 140-bis nella versione di cui al D. lgs. 206/2005), effetto che l'aderente, parte solo in senso sostanziale, non avrebbe acquisito – con la necessità quindi di dover reiterare nel tempo gli atti interruttivi – se fosse mancata una specifica previsione normativa di attribuzione di quell'effetto. Ma a tal fine sarebbe evidentemente bastato disporre che agli effetti dell'art. 2945 c.c. l'atto di adesione è equiparato alla domanda giudiziale. Ed invece il legislatore della L. 99/2009 ha inutilmente complicato le cose, non essendovi, da un verso, alcun bisogno di reiterare quanto l'art. 2945 c.c. (interruzione permanente) già disponeva, e, dall'altro verso, determinando – con il richiamo anche all'art. 2943 c.c., operato al fine di disporre che gli effetti ivi previsti decorrano dalla domanda giudiziale e quindi non da altri atti – l'abrogazione, per i crediti deducibili nell'azione di classe, del IV° comma dell'art. 2943 c.c. che attribuisce valenza interruttiva anche agli atti stragiudiziali. Tale previsione avrebbe forse potuto aver un senso nell'impostazione "collettivistica" recepita nella precedente versione dell'art. 140-bis– che, parlando di interessi collettivi, ed attribuendone la legittimazione alla tutela esclusiva di enti esponenziali, prescindeva in realtà dalla natura di diritto soggettivo della situazione giuridica soggettiva deducibile in giudizio –, ma non nell'impostazione "individualistica" recepita dall'attuale versione del medesimo articolo, che richiama la nozione di diritto soggettivo individuale, l'interruzione della cui prescrizione non si vede perché non possa più continuare ad avvenire anche con atti stragiudiziali.

6. Non attiene tanto alla tecnica legislativa, quanto alla coerenza del sistema, l'esclusione dell'intervento del P.M. nella fase del giudizio successiva al deposito dell'ordinanza dichiarativa dell'ammissibilità dell'azione prevista dall'art. 140-bis n.5. Se chiare e condivisibili sono le ragioni sottostanti al divieto di intervento di parti private ex art. 105 c.p.c., per il P.M. si sarebbe dovuto considerare che se il codice di rito gli attribuisce il potere di intervenire in "ogni altra causa" in cui ravvisi un pubblico interesse, a maggior ragione tale facoltà – una volta ammessa l'intervento nella fase di ammissibilità – avrebbe dovuto essergli riconosciuto nella fase di merito dell'azione di classe, dove il pubblico interesse è più evidente.

7. Ai sensi dell'art. 140-bis co. 12 e 13, la Corte di appello, nel decidere sulla inibitoria di una sentenza che acquista efficacia esecutiva decorsi sei mesi dalla sua

pubblicazione, deve tener conto di tutta una serie di fatti ai fini dell'equo contemperamento degli interessi dell'appellante e dei consumatori appellati. Non è chiaro tuttavia come la Corte possa sospendere in prima udienza, ed in accoglimento di un'istanza che va proposta con l'atto di appello, l'efficacia esecutiva di una sentenza che ne sia ancora priva, a meno di non ritenere che l'udienza sull'inibitoria, ove fissata per una data anteriore all'acquisto dell'efficacia esecutiva da parte della sentenza, debba svincolarsi da quella di comparizione, che ben potrebbe occorrere prima del decorso dei sei mesi previsto dalla norma, e tenersi solo in data successiva a quell'acquisto.

8. Dispone il co. 12 dell'art. 140-bis che il Tribunale, se accoglie la domanda, liquida, ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione, fra i quali tuttavia non si possono annoverare i componenti della classe che hanno proposto la domanda giudiziale perché questi non sono "aderenti" ma "promotori". Per dare un senso alla norma – comunque mal scritta perché se la liquidazione deve avvenire ai sensi dell'art. 1226 c.c. il ricorso all'equità richiede pur sempre la prova della rilevante difficoltà di provare il danno nel suo preciso ammontare, mentre è chiaro che l'intendimento del legislatore era quello di voler consentire comunque, ed anzi imporre, la liquidazione equitativa –, si dovrebbe ritenere che l'uso della locuzione "... a coloro che hanno aderito all'azione..." sia inesatto perché il riferimento dovrebbe intendersi esteso anche ai promotori, ovvero ritenere che a questi ultimi si applichino gli oneri di prova ordinari e che quindi il danno, nel loro caso, possa essere liquidato nell'esatto ammontare dimostrato in giudizio, presumibilmente più alto di quello liquidabile in via equitativa.

Massimo Manfredonia

Avvocato del Foro di Roma

**CLAUDIA STORTO**

## **10.L'appello nel giudizio di classe a tutela dei consumatori**

Sommario:

1. Premessa. 2. Brevi cenni sulla struttura del processo di classe: in particolare, sulla posizione processuale del proponente e degli aderenti e sul loro reciproco rapporto. 3. Il giudizio d'appello. 4. (Segue). La legittimazione ad impugnare. 5. (Segue). L'inibitoria dell'efficacia esecutiva della sentenza di condanna e le regole applicabili allo svolgimento del giudizio di secondo grado.

1. La disciplina dell'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti, contenuta nell'art. 140 bis del Codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 2061, appare contrassegnata da evidenti lacune riguardanti, tra l'altro, il giudizio di appello. Anzi, si ha quasi l'impressione che il legislatore si sia disinteressato di questa fase del giudizio. Anche la dottrina ha mostrato scarsa attenzione nei confronti di questo tema, dedicando, sin d'ora, solo pochi cenni alle questioni relative al giudizio d'appello dell'azione di classe<sup>2</sup>.

In attesa delle prime pronunce giurisprudenziali sul tema<sup>3</sup>, appare opportuno svolgere delle brevi riflessioni al riguardo, muovendo evidentemente dalla individuazione delle peculiari finalità dell'azione de qua.

Com'è noto, la necessità di ricorrere allo strumento dell'azione di classe scaturisce dagli stessi meccanismi di funzionamento della vita economica e sociale dell'era del capitalismo e della produzione di massa, che hanno portato via via all'emersione di diritti non nuovi, ma, che per la loro particolare conformazione, abbisognano di modelli di tutela capaci di conferire loro effettività tanto sul piano giurisdizionale che su quello sostanziale.

Infatti, nella maggior parte dei casi di cui si parla, ci si trova di fronte a fattispecie materiali che hanno una struttura tipica ricorrente: una pluralità di soggetti – utenti/consumatori – si contrappone ad un'unica parte – un professionista/produttore/imprenditore, il quale, con una sola condotta illecita o con più condotte ripetute in maniera identica<sup>4</sup> (cd. fatti illeciti plurioffensivi), lede i diritti individuali di una moltitudine di soggetti, facendo sorgere in capo ad essi pretese risarcitorie, restitutorie, inibitorie dal medesimo contenuto.

Il problema consiste nel fatto che, trattandosi per lo più di pretese di modesto valore, il titolare del diritto, a causa dei costi e dei rischi che dovrebbe affrontare, non trova uno stimolo sufficiente per agire in giudizio, laddove l'impresa, asimmetricamente, grazie alla sommatoria dei vantaggi derivanti da ciascun illecito commesso, riesce a trarne un cospicuo profitto. D'altra parte, nel caso di un eventuale giudizio, l'impresa medesima si troverebbe a ricoprire una posizione di supremazia - sia di mezzi che di risultati - rispetto al singolo consumatore, potendo sfruttare economie di scala nella gestione delle controversie che la riguardano ed essendo comunque necessariamente attenta alla difesa della propria immagine. Avrà, dunque, sempre interesse a contrastare l'azione dei singoli, a prescindere dal valore unitario della lite.

Sul piano processuale, a tale fenomeno corrisponde un contenzioso seriale, nel senso che vi sono più azioni individuali spettanti a soggetti diversi, ma che, essendo uguali, o perlomeno simili, per i contenuti e per le questioni di fatto e di diritto che pongono, presentano caratteristiche di serialità.

Ecco allora che la soluzione prospettabile, al fine di riequilibrare l'ago della bilancia rispetto a quella che è stata definita una situazione di "asimmetria delle poste in gioco e dei mezzi economici"<sup>5</sup>, appare quella dell'aggregazione delle micro-pretese - individuali, ma omogenee tra loro – in un unico "corpo", che riesca efficacemente a contrapporsi al più forte dei contendenti in gioco. L'obiettivo è quindi quello dell'accorpamento di tutte le pretese risarcitorie/restitutorie scaturenti da uno stesso fatto illecito plurioffensivo in un'unica azione, di classe appunto, che nel complesso risulti per i soggetti lesi meno costosa, più celere e quindi più efficiente rispetto all'azione individuale, e capace, altresì, di prevenire il contrasto di giudicati.

Le finalità che per questa via vogliono raggiungersi sono molteplici. In primo luogo lo scopo di fondo consiste nel tutelare sul piano giurisdizionale diritti soggettivi violati sul piano sostanziale, dando quindi effettività alla tutela giurisdizionale concretamente azionabile da parte dei consumatori. Si profila, in secondo luogo, l'ulteriore obiettivo di regolare, per questa via, i comportamenti delle imprese nei mercati; a questo si aggiunge, infine, il non meno importante proposito di ottenere vantaggi – anche per le imprese<sup>6</sup> - dal punto di vista dell'economia processuale, in

conseguenza della trattazione congiunta in un solo procedimento di una pluralità di controversie che, altrimenti, andrebbero a costituire una miriade di micro cause concernenti la stessa vicenda.

Le peculiari finalità dello strumento processuale contenuto nell'art. 140 bis cod. cons. consentono di capire, ed in un certo senso accettare, le “deviazioni” che esso comporta rispetto ad alcuni principi fondamentali che tradizionalmente regolano il funzionamento dell'attività giurisdizionale diretta alla tutela individuale di diritti soggettivi.

Al fine di inquadrare nella giusta prospettiva la disamina dei diversi problemi riguardanti il giudizio di appello, bisogna prendere le mosse proprio dalle “deviazioni” in parola. In altri termini, appare opportuno tracciare un quadro preliminare del funzionamento di questo strumento processuale, soprattutto in relazione alla legittimazione ad agire ed alla conseguente posizione che vengono a ricoprire i diversi membri appartenenti ad una classe che agisca in giudizio ex art. 140 bis cod. cons.<sup>7</sup>. Di particolare importanza, infatti, per riuscire ad inquadrare i presupposti e le possibili soluzioni ai problemi posti dalla disciplina del secondo grado del giudizio, risulta la comprensione della posizione processuale del proponente e degli aderenti e del loro reciproco rapporto.

2. Al fine di permettere l'accorpamento in un unico giudizio delle pretese scaturenti da un fatto illecito plurioffensivo posto in essere da un'impresa, la legittimazione a proporre un'azione ai sensi dell'art. 140 bis cod. cons. è attribuita a “ciascun componente della classe<sup>8</sup>, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa”<sup>9</sup>; questi può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

Il consumatore-utente che decide di intentare un'azione di classe deposita, presso il tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa convenuta, un atto di citazione, nel quale afferma, appunto, di appartenere ad una classe di consumatori, in quanto titolare di un diritto individuale omogeneo a quello di altri soggetti lesi dalla medesima condotta plurioffensiva posta in essere dall'impresa convenuta in giudizio, della quale egli domanda la condanna al risarcimento del danno o alle restituzioni.

Ai sensi del comma 3 “i consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela” azionata dal consumatore che, agendo ai sensi dell'art. 140 bis, si è fatto proponente, “aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore”, depositando presso la cancelleria del tribunale un atto di adesione entro un termine fissato dal giudice<sup>10</sup>. L'adesione, così prestata, “comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo”, fatto salvo il caso in cui il giudizio si estingua o si abbia una chiusura anticipata del processo oppure ancora intervengano tra le parti rinunce o transazioni alle quali il singolo aderente non abbia prestato il suo consenso<sup>11</sup>.

Inoltre, il comma 14, dopo aver fatta salva la possibilità di intentare l'azione individuale di coloro che non aderiscono all'azione collettiva, dispone: che “non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione”; che “quelle proposte entro detto

termine sono riunite d'ufficio, se pendenti davanti allo stesso tribunale", in caso contrario "il giudice di una comune questione di fatto o di diritto. D'altra parte, la tutela cumulativa dei diritti individuali ha senso che avvenga proprio in quei casi in cui, per le caratteristiche della fattispecie sostanziale, la decisione del giudice può basarsi esclusivamente, o almeno prevalentemente, su valutazioni di tipo comune, essendo del tutto inesistenti o marginali i temi personali. Soltanto in questi casi, infatti, l'azione di classe appare un rimedio più efficiente, più efficace e più celere dell'azione individuale e del litisconsorzio.

Tralasciando per ora l'analisi della posizione processuale degli aderenti e del loro rapporto con il proponente - della quale ci occuperemo tra breve - c'è subito da porre in luce una particolarità. E' vero che il comma 1 attribuisce la titolarità del potere di proporre l'azione di classe in capo a ciascun consumatore disgiuntamente, ma è pur vero che potrà esistere un'unica azione di classe avente ad oggetto un determinato fatto nei confronti di una certa impresa<sup>12</sup>. Anzi, più correttamente, le azioni di classe potranno essere anche più di una - se queste verranno proposte entro il termine fissato dal giudice per aderire -, ma verranno riunite davanti al primo giudice adito per essere trattate congiuntamente<sup>13</sup>.

Anche per l'ipotesi di più azioni di classe proposte davanti a giudici diversi da più proponenti, pur non sussistendo la "contrapposizione tra le domande", è ravvisabile tuttavia una connessione qualificata, dipendente dal fatto che le diverse azioni di classe - aventi ad oggetto lo stesso fatto e lo stesso convenuto - dipenderanno dalla risoluzione di identiche questioni. Tali azioni, infatti, riguardano il medesimo rapporto giuridico: un unico fatto plurioffensivo (o, comunque, più fatti identici, cioè ripetuti sempre uguali nel tempo da parte della stessa impresa) ha generato più pretese risarcitorie, facenti capo ai singoli consumatori appartenenti alla classe.

In relazione all'azione di classe non si porranno problemi di competenza in relazione al primo giudice adito, dunque, nelle ulteriori azioni di classe proposte davanti ad uffici giudiziari diversi, i giudici ordineranno la cancellazione della causa dal ruolo ed assegneranno alle parti un termine perentorio per la sua riassunzione davanti al giudice adito per primo.

Ad ogni modo, allo scadere del termine per presentare le adesioni, il potere di proporre un'azione ex art. 140 bis avente lo stesso oggetto e lo stesso convenuto - che in precedenza spettava a ciascun consumatore appartenente alla classe - sarà "consumato". A quel punto, a coloro che si trovano ad essere titolari di un diritto omogeneo a quello del proponente non rimarrà che l'alternativa tra aderire all'azione di classe instaurata da altri oppure scegliere la via individuale.

Quindi si può dire che ci si trova di fronte ad un tipo di legittimazione che non può essere definita propriamente individuale.

Forse, partendo dalla considerazione che la legittimazione ad intentare un'azione di classe spetta disgiuntamente a ciascun componente della stessa (almeno fino alla scadenza del termine per prestare adesione), - tanto che può darsi il caso di più azioni di classe aventi ad oggetto i medesimi fatti nei confronti dello stesso convenuto, le quali poi verranno riunite davanti al primo giudice adito -, e considerato anche che

qualora, invece, il singolo consumatore decida di aderire perde, con ciò, la possibilità di intentare l'azione individuale, si potrebbe compiere l'ulteriore passo di qualificare l'azione ex art. 140 bis come un'azione nella titolarità della classe stessa, considerata nel suo complesso. Un'azione della classe, appunto, ma esercitabile da ciascuno dei consumatori componenti la classe medesima.

E' chiaro che le posizioni sostanziali e processuali dei soggetti che ne verranno coinvolti, risentiranno di questa particolare conformazione dell'azione.

Il proponente sarà l'unica parte processuale che si contrapporrà all'impresa convenuta in giudizio<sup>14</sup> e sarà soltanto lui ad avere il potere di compiere tutti gli atti processuali necessari per la difesa non solo del proprio diritto, ma anche degli interessi di tutti gli altri componenti della classe che abbiano deciso di prestare adesione.

Gli altri consumatori, al contrario, depositando il proprio atto di adesione<sup>15</sup>, esercitano il loro diritto nei confronti dell'impresa convenuta, in maniera tale che la sentenza conclusiva del procedimento andrà a statuire anche in relazione al loro diritto così dedotto in giudizio, senza tuttavia essere parti e senza, quindi, essere titolari di alcun potere processuale da spendere all'interno del procedimento<sup>16</sup>.

In relazione a ciascuna classe di danneggiati, dunque, ogni consumatore potrà decidere: a) di agire "in via diretta", facendosi proponente, e quindi parte del processo (fino alla scadenza del termine di cui al comma 9, lett.b); b) oppure di agire "in via indiretta", aderendo all'azione da altri proposta, e quindi assoggettandosi agli effetti della sentenza conclusiva di un procedimento del quale non è parte e da altri portato avanti. Sempre che il diritto di cui è titolare non sia invece tanto consistente da determinarlo ad agire per le vie ordinarie-individuali. In questo senso ed alla luce della considerazione svolta, l'adesione può essere vista come un particolare modo di azionare il proprio diritto individuale nei confronti dell'impresa convenuta e, quindi, in definitiva, può essere qualificata come una particolare modalità di esercizio (indiretto) del diritto di azione nell'ambito dell'azione della classe.

E' questo – a nostro modesto avviso – il fulcro attorno cui ruota il funzionamento di questo particolare strumento processuale ed il punto fermo da cui partire alla ricerca di soluzioni che possano riguardare qualsiasi aspetto problematico posto in evidenza dalla sua disciplina. I meccanismi dell'azione di classe possono essere compresi – funzionalmente e finalisticamente – soltanto se si chiarisce che la tutela giurisdizionale di classe si presenta come un rimedio alternativo rispetto a quella individuale.

Questa alternatività comporta l'emersione e la rilevanza di un interesse ad agire in forma collettiva e di un interesse ad agire in forma individuale, distinti tra loro. La configurazione di un autonomo interesse ad agire in forma di classe è data proprio dalle caratteristiche dei diritti fatti valere che, in quanto di modesta entità, non porterebbero il titolare ad intentare un'autonoma azione individuale. In considerazione del terreno elettivo di utilizzazione di questo particolare strumento – ovvero le c.d. small claims<sup>17</sup> – il consumatore, in assenza di un'azione di classe, probabilmente non agirebbe per la tutela del proprio diritto, non considerando evidentemente sufficiente il risultato raggiungibile, se commisurato agli sforzi ed ai costi che dovrebbe per questa via affrontare. Per tali motivi ed in presenza di siffatti

presupposti, dunque, ecco che lo strumento dell'azione di classe si presenta come l'unica via convenientemente percorribile per trovare ristoro dal pregiudizio patito: tutto ciò fa sì che pur presentandosi come una forma di tutela più standardizzata e, possiamo dire, spersonalizzata in riferimento soprattutto ai consumatori aderenti, essa, tuttavia, costituisce comunque un ottimo (in quanto l'unico) strumento per attribuire effettività a dei diritti che in alternativa rimarrebbero del tutto privi di tutela.

Nel caso, invece, in cui il titolare del diritto decida di non prestare adesione - in quanto la propria pretesa è di un'entità tale da portarlo a determinarsi ad intraprendere la via individuale - ecco che l'interesse ad agire in forma di classe perde la sua importanza, cedendo il passo all'interesse ad agire in forma individuale.

Illuminante, a tal proposito, è una simpatica similitudine: utilizzare l'azione di classe "è un po' come utilizzare l'autobus in luogo del taxi per il trasporto urbano: il trattamento che si riceve è normalmente meno personalizzato e meno puntuale"<sup>18</sup>.

In considerazione di tutto quanto detto, a nostro parere è possibile qualificare l'adesione come un atto (processuale) di esercizio indiretto dell'azione della classe da parte di ciascun consumatore (non proponente), dal quale discendono due ordini di effetti: 1) azionare il proprio diritto nei confronti del convenuto - da cui consegue tanto la inclusione del proprio credito risarcitorio tra le pretese su cui statuirà la sentenza finale del procedimento, tanto la consumazione del proprio diritto di azione (l'aderente rinuncia ad ogni azione risarcitoria o restitutoria fondata sul medesimo titolo); 2) acconsentire ad una compressione, pressoché totale, dei propri poteri processuali nell'ambito di un processo di classe, nel quale eppure si fa valere anche il proprio diritto; si assiste cioè ad una volontaria compressione o rinuncia al diritto a realizzare uncontraddittorio pieno e personale. In quanto volontaria, tale compressione è compatibile con l'art. 24 Cost. Stando così le cose, il rapporto tra proponente e singoli aderenti si configura come una specie particolare di sostituzione processuale. Nonostante la tassatività delle ipotesi di sostituzione processuale indicate dall'art. 81 c.p.c. e malgrado le differenze che comunque il rapporto proponente/aderenti presenta rispetto a quello tra sostituto e sostituito, l'istituto della sostituzione è quello che meglio si presta a spiegare la particolare posizione in cui vengono a trovarsi gli aderenti nei confronti del processo di classe e del proponente, dal momento che quest'ultimo, durante tutto lo svolgimento del processo, agisce in nome proprio - in quanto unica parte processuale -, ma per la tutela giurisdizionale non solo di un proprio diritto, bensì anche per quella dei diritti di tutti gli altri consumatori che hanno prestato adesione (e con ciò hanno dedotto il loro diritto all'interno del giudizio)<sup>19</sup>. Per questa via il procedimento si concluderà con una sentenza che farà stato non solo nei confronti dell'attore, ma anche nei confronti dei singoli aderenti<sup>20</sup>.

Rispetto alle ipotesi di sostituzione processuale, qua, vi sono due peculiari differenze: 1) prima di tutto il proponente agisce anche per la tutela di un diritto di cui egli stesso è titolare. Nelle ipotesi di sostituzione, invece, il sostituto processuale è abilitato ad agire in nome proprio per ottenere una decisione circa un rapporto giuridico cui egli

è dichiaratamente estraneo e di cui è titolare il sostituito. A meno che il diritto del sostituito non venga dedotto anch'esso ad hoc nel giudizio, esso rimane estraneo all'oggetto del processo. In questo caso, invece, il proponente è legittimato ad agire in giudizio, solo ed in quanto titolare di un diritto omogeneo a quello degli altri membri della classe. 2) La seconda caratteristica che rende difficile la qualificazione di tale rapporto in termini di sostituzione processuale è costituita dal fatto che non vi è un litisconsorzio necessario tra attore di classe ed aderenti. Nelle ipotesi di sostituzione, al contrario, nel giudizio avviato dal sostituto processuale su un rapporto giuridico in titolarità del sostituito, questi è parte necessaria del giudizio. Nel caso dell'azione di classe, invece, il legislatore si preoccupa proprio di evitare ipotesi di complicazione soggettiva del procedimento, escludendo la possibilità di intervento ex art. 105 c.p.c.; allo stesso tempo, però, per espressa previsione normativa, la sentenza fa stato nei confronti degli aderenti, i quali, non intervenendo e non agendo direttamente in giudizio, non sono parti processuali. Concorda con questa qualificazione FIORIO, L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis, op. cit., secondo cui "l'art. 140 bis potrebbe essere ricondotto alle disposizioni di legge che derogano al generale divieto di sostituzione processuale sancito all'art. 81 c.p.c. ...". E, in una nota, lo stesso Autore: "Tale ricostruzione non pare del resto incompatibile con il principio per cui in caso di sostituzione processuale o di legittimazione straordinaria, si determina un litisconsorzio necessario con la conseguenza che la sentenza, nel rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, può essere efficace nei confronti del sostituto-titolare del diritto (ovvero, nel nostro caso, dei consumatori), se questo sia posto nelle condizioni di partecipare al processo. Seppure l'aderente all'azione non può essere considerato parte del giudizio in senso formale, l'adesione è pur sempre un atto volontario idoneo ad integrare il diritto di difesa e il contraddittorio dei membri della classe".

3. L'art. 140 bis cod. cons. non contiene alcuna disposizione concernente l'impugnazione della sentenza. La norma, infatti, si limita a dettare, al comma 13, una previsione speciale per l'inibitoria dell'efficacia esecutiva della sentenza di condanna impugnata in appello. Ciò costringe ad una ricostruzione in via interpretativa della disciplina della fase di impugnazione, ricostruzione che andrà condotta tenendo conto tanto dei principi generali, tanto delle peculiari caratteristiche del giudizio di classe. Soprattutto in considerazione delle difficoltà poste in rilievo dall'introduzione di questo nuovo strumento processuale, non si può non concordare con la considerazione secondo cui "tale lacuna oltre ad essere incredibile è francamente imperdonabile"<sup>21</sup>. Al di là dell'analisi dell'unico accenno fatto dal legislatore sul giudizio d'appello, consistente, come detto, nella disciplina dell'inibitoria, due sono i punti particolarmente problematici da affrontare: la legittimazione ad impugnare e le regole che devono ritenersi vigenti per lo svolgimento del giudizio davanti alla corte d'appello.

4. Il profilo della legittimazione ad impugnare è sicuramente quello che desta maggiori dubbi. Dubbi generati dalla stessa conformazione dell'azione di classe, la quale prevede che il processo – pur riguardando una miriade di pretese individuali,

sulle quali ricadranno gli effetti della sentenza conclusiva – sia proposto e portato avanti da un unico attore, di classe appunto. Il 14° comma stabilisce che “la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti”.

Una domanda sorge spontanea: qual è la sorte dei diritti azionati dagli aderenti, nel caso in cui il processo si concluda con una sentenza di rigetto e l’attore di classe rimanga inerte, decidendo di non proporre impugnazione? A tal proposito, da una parte c’è chi ritiene<sup>22</sup> che nella decisione sul proporre o meno impugnazione sia insito l’esercizio di un potere di disposizione sui diritti riguardati dalla statuizione di primo grado; dall’altra c’è chi sostiene, al contrario, che l’impugnazione “è solo atto di esercizio di un potere processuale, che come tale spetta solo all’attore di classe, che fa le sue scelte in modo efficace per tutti gli aderenti”<sup>23</sup>.

A noi sembra che quest’ultima affermazione vada nella giusta direzione. Il potere di impugnare la sentenza che vede, in tutto o in parte, soccombente la classe spetta esclusivamente al proponente e l’aderente subisce le decisioni che al riguardo sono assunte da questo.

E’ necessario, tuttavia, approfondire la questione ed individuare le ragioni che sostengono siffatta soluzione.

Indubbiamente, la decisione di impugnare e, soprattutto, di non impugnare, implica, in certa misura, una disposizione del diritto. Allo stesso tempo, però, non sono previsti dalla norma, né è possibile ricavarli in via interpretativa, meccanismi di sostituzione o di surroga dell’aderente nei casi di inerzia del proponente.

Un tentativo, in tal senso, è stato pur fatto<sup>24</sup>. Partendo dalla considerazione per cui gli aderenti, in quanto soggetti agli effetti della sentenza che definisce il giudizio di classe, possono qualificarsi come soccombenti, si è prospettata la soluzione consistente “nella previsione, anche nel giudizio d’appello, di una disciplina ed un meccanismo processuale di adesione all’impugnazione così come previsti per il giudizio di primo grado”, in maniera tale che, pur conferendo il potere di impugnare a ciascun aderente soccombente, ad ogni modo il giudizio d’appello sarebbe unico.

Al contrario, “ove invece si considerassero legittimati ad impugnare la sentenza collettiva tutti i soggetti aderenti, ai sensi dell’art. 335 c.p.c., tutte le impugnazioni proposte contro la stessa sentenza andranno riunite in un unico processo, con la conseguenza che il giudice d’appello potrebbe trovarsi di fronte a centinaia, ovvero migliaia di impugnazioni proposte dai diversi aderenti soccombenti, paralizzandosi così l’attività della corte e dunque facendo rientrare dalla finestra ciò che il legislatore aveva cacciato via dalla porta”<sup>25</sup>.

La soluzione così proposta, appare di sicuro maggiormente garantista dei diritti individuali degli aderenti e del loro diritto d’azione: qualora il proponente rimanga inerte, ogni aderente potrà proporsi come nuovo attore di classe del secondo grado di giudizio, proponendo egli stesso l’impugnazione ed attendendo che gli altri consumatori, appartenenti alla classe attiva, prestino nuovamente la loro adesione.

Tuttavia, così facendo, si dovrebbe ammettere che la sentenza di primo grado possa essere scissa in tante “sottosentenze” corrispondenti al numero dei diritti degli aderenti sui quali essa statuisce. Per questa via, dunque, le “sottosentenze” riguardanti

i diritti dei consumatori che decidano di aderire al giudizio d'appello verrebbero ad essere impugnate, formandosi invece il giudicato in relazione alle sole "sottosentenze" concernenti i diritti di coloro che abbiano deciso di non aderire all'appello da altri proposto. Un simile risultato appare irragionevole: dalla lettura dell'art. 140 bis si evince chiaramente che la statuizione che conclude il processo di classe è unica, così come unico sarà il destino a cui essa vada incontro.

Né potrebbe sostenersi la tesi per la quale, dall'inerzia del proponente scaturirebbe la possibilità, per ciascun aderente, di impugnare; per cui il primo consumatore-aderente che proponga impugnazione diventerebbe automaticamente e solo per questo il nuovo attore di classe del giudizio d'appello, che riguarderà tutte (senza possibilità per i consumatori di aderirvi o meno) le pretese individuali oggetto del primo grado di giudizio: i consumatori aderenti, prestando adesione all'azione di classe, hanno deciso di conferire al solo soggetto proponente (la cui adeguatezza è stata valutata anche dal Tribunale<sup>26</sup>), e non a chiunque, il compito di tutelare anche i loro interessi. Ecco che allora, sembra impossibile trovare, per via interpretativa, una soluzione alternativa a siffatti problemi.

Non ci si può nemmeno spingere ad azzardare una ricostruzione del giudizio d'appello simile a quella che si ha nel caso del c.d. litisconsorzio unitario o quasi necessario, il quale si realizza, ad esempio, allorché più soggetti abbiano impugnato una delibera assembleare o condominiale: in una tale situazione tutte le parti del giudizio di primo grado devono essere chiamate a partecipare anche a quello di impugnazione onde evitare il conflitto di giudicati che potrebbe crearsi nell'ipotesi di decisioni difformi circa la validità della delibera<sup>27</sup>.

Una simile ricostruzione non è proponibile per il giudizio d'appello dell'azione di classe: i singoli aderenti non sono, per espressa volontà legislativa, parti del processo di primo grado e, dunque, non si vede come questi possano acquistare tale qualità nel giudizio di secondo grado. Così facendo, infatti, si verrebbe a creare, dinnanzi alla Corte, quella complessità soggettiva della controversia che l'introduzione di questo particolare strumento processuale tende proprio ad evitare.

A nostro parere, anzi, i singoli aderenti - pur potendosi qualificare come soccombenti rispetto alla pronuncia di primo grado conclusiva del giudizio di classe - non per questo possono considerarsi anche legittimati a proporre impugnazione contro la stessa. La norma, infatti, non gli conferisce tale potere, limitandosi solo a stabilire che la sentenza fa stato anche nei loro confronti.

Laddove, invece, il legislatore, in ipotesi similari, ha inteso conferire la legittimazione ad impugnare anche a soggetti che non abbiano preso parte al giudizio di primo grado, ma nei cui confronti, comunque, la sentenza spiega i suoi effetti, lo ha fatto in maniera espressa ed inequivocabile. Ci si riferisce al caso della successione a titolo particolare nel diritto controverso, disciplinata dall'art. 111 c.p.c.: al 4° comma, il legislatore prevede in maniera esplicita che la sentenza pronunciata contro le parti originarie del processo "spiega sempre i suoi effetti contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui".

La mancanza di una tale espressa previsione nell'art. 140 bis porta ad appoggiare la tesi secondo cui è il solo proponente, in quanto unica parte del processo di primo grado, ad avere il potere di proporre impugnazione contro la sentenza conclusiva del giudizio di classe e non anche gli aderenti, i quali pur essendo soggetti agli effetti che da essa promanano, non hanno però il potere processuale di impugnarla.

Questa lettura, tra l'altro, non sovverte alcun principio sul quale il nostro ordinamento si fonda, né appare contraria alla disciplina specifica dell'azione di classe dettata dall'art. 140 bis.

Detta norma, in effetti, prevede che, tramite l'adesione, i singoli consumatori-aderenti decidono - per loro espressa volontà - di affidarsi completamente nelle mani del proponente, accettando, quindi, in maniera preventiva, tutte le scelte processuali che lo stesso porrà in essere nella gestione del processo comune. E questo vale anche per quelle attività processuali che l'attore di classe intenda compiere e che implicitamente comportino una disposizione dei diritti dedotti in causa, con l'unica eccezione di quanto previsto dal comma 15, per il quale, soltanto per le rinunce e le transazioni è esplicitamente richiesto il consenso degli aderenti, perché queste possano produrre effetti anche in relazione ai diritti di cui questi sono titolari. A contrario, dunque, tutti gli altri poteri processuali - compreso quello di impugnare o meno la sentenza - possono essere liberamente esercitati dal solo proponente, senza il bisogno che questi si procuri preventivamente il benessere degli altri consumatori appartenenti alla classe.

E' pure vero che, il proponente, facendosi tale, assume l'obbligo di tutelare adeguatamente non solo il proprio interesse, ma anche quelli di tutti i consumatori che aderiranno alla sua azione. L'acquiescenza ad una sentenza di rigetto della domanda di classe, allora, vale come mancata tutela dell'interesse degli aderenti a non perdere il proprio credito nei confronti dell'impresa convenuta: per questo, probabilmente, residuerà una pretesa risarcitoria da parte degli aderenti nei confronti dell'attore di classe che abbia mal gestito la lite.

Tuttavia, si deve riconoscere, che un simile rimedio appare del tutto teorico, senza alcuna valenza pratica: se l'azione di classe è strumento che serve a rendere effettivo il diritto d'azione in tutti quei casi in cui i singoli non agirebbero individualmente, data la modesta entità dei loro crediti, non si vede come un simile interesse potrebbe riemergere sotto la forma della pretesa risarcitoria nei confronti dell'attore collettivo che non abbia adeguatamente tutelato i loro diritti<sup>28</sup>. Tuttavia, come s'è detto, derivando la compressione dei poteri processuali degli aderenti - compresi quelli dispositivi dei diritti di cui sono titolari - da una personale ed espressa scelta discrezionale esplicitata proprio nell'atto di adesione, il rispetto del diritto d'azione e del diritto ad ottenere una tutela giurisdizionale effettiva, risulta ad ogni modo garantito.

5. Abbiamo già detto che, del tutto irragionevolmente, il legislatore tace sulla disciplina riguardante il giudizio d'appello, preoccupandosi solamente, al comma 13 dell'art. 140 bis, di inserire una speciale previsione sull'inibitoria dell'efficacia esecutiva della sentenza di condanna impugnata. Ai sensi del comma 12 dell'art. 140

bis, la sentenza di condanna emessa in primo grado ha un'efficacia esecutiva differita di 180 giorni da quello della sua pubblicazione. Tale previsione tende evidentemente a favorire l'adempimento spontaneo da parte del professionista, il quale sarebbe così tenuto indenne da ogni diritto o incremento, anche per quanto riguarda gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza<sup>29</sup>. Il successivo comma 13, come si è accennato, detta una particolare disciplina circa i provvedimenti sull'esecuzione provvisoria in appello. Tale disciplina, però, si affianca, senza sostituirla, a quella ordinaria, in quanto la suindicata disposizione richiama espressamente l'art. 283 c.p.c. Le novità, rispetto alla disciplina ordinaria dell'inibitoria in appello, appaiono finalizzate al giusto temperamento degli interessi dei creditori-consumatori e del debitore-professionista: una concerne le condizioni cui è subordinata la concessione del provvedimento di sospensione dell'esecutività della sentenza; l'altra la possibilità di garantire, comunque, le aspettative dei consumatori con il deposito delle somme dovute.

Quanto al primo aspetto, il comma 13 stabilisce che "La corte d'appello, richiesta dei provvedimenti di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile, tiene conto altresì" – e dunque in aggiunta alle condizioni ordinarie già enunciate nell'art. 283 c.p.c.<sup>30</sup> – di ulteriori tre elementi, evidentemente volti a tutelare la posizione del debitore: l'"entità complessiva della somma gravante" sul medesimo; il "numero dei creditori"; nonché le "connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame".

L'ulteriore previsione, relativa al deposito delle somme dovute dal debitore, ha il chiaro intento di temperare la particolare tutela concessa a quest'ultimo contro il rischio di mancata o difficile ripetizione delle somme versate ai creditori<sup>31</sup> e quella di garantire, nello stesso tempo, ai consumatori che le loro aspettative verranno soddisfatte: l'ultima proposizione del comma 13 stabilisce, infatti, che "La corte può comunque disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più opportune". Le problematiche riguardanti quest'ultima proposizione conseguono soprattutto alla previsione secondo cui, le somme così accantonate, rimangono vincolate "fino al passaggio in giudicato della sentenza".

E' chiaro che il deposito della somma è previsto quale misura necessariamente accessoria rispetto alla concessione del provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza<sup>32</sup>. In base al tenore letterale della norma, si dovrebbe ritenere che, qualora l'appello proposto dal professionista venga accolto, la sentenza della Corte dichiara l'inesistenza dei diritti dedotti in causa, ma, nonostante ciò, l'impresa non può ritornare nella disponibilità delle somme depositate, le quali invece restano comunque vincolate fino al suo passaggio in giudicato. Allo stesso modo, se l'appello è rigettato, i consumatori non potranno portare ad esecuzione la sentenza d'appello (che conferma l'esistenza dei loro crediti, già accertata in primo grado) fino al suo passaggio in giudicato. Anche in questo caso, infatti, non sembra possibile che il debitore sia contemporaneamente assoggettato all'esecuzione e gravato dal vincolo delle somme<sup>33</sup>.

Stando così le cose, si dovrebbe allora constatare che la disposizione contenuta nel comma 13 sembra affidare al giudice un potere discrezionale concernente la possibilità di andare al di là di due principi generali del processo civile: quello secondo cui i provvedimenti esplicanti funzione cautelare (come appunto quello reso sulla richiesta di inibitoria) perdono efficacia con l’emanazione della sentenza; quello della provvisoria esecutività della sentenza di appello.

Per cercare di comprendere se le suddette conclusioni possano o meno considerarsi ragionevoli, occorre, ancora una volta, partire dall’analisi delle particolarità che il processo di classe presenta rispetto all’ordinario processo di cognizione e quindi le ragioni che avrebbero portato a prevedere questa particolare disciplina dell’inibitoria in appello, soprattutto in riferimento ai poteri che, per questa via, il legislatore avrebbe inteso attribuire al giudice di secondo grado. Come già detto, non sembra dubbio che la prestazione della cauzione possa essere imposta al professionista solo nel caso in cui questo, richiama l’inibitoria, se la veda concedere.

Ai fini della concessione dell’inibitoria, il giudice dovrà tenere conto degli ulteriori requisiti imposti dall’art. 140 bis, tutti tendenti evidentemente a far fronte alla particolare situazione in cui il professionista verrebbe a trovarsi nel caso in cui, eseguita la sentenza e corrisposte le somme di cui risulta debitore in primo grado, si veda costretto poi a far fronte ad una difficile azione di ripetizione di dette somme, qualora nel giudizio d’appello la sentenza di primo grado non venisse confermata. E’ per questo che il giudice d’appello avrà il difficile compito di contemperare i contrapposti interessi in gioco, a seconda delle concrete caratteristiche del caso che di volta in volta si troverà di fronte.

Egli dovrà tenere conto, prima di tutto, “dell’entità complessiva della somma gravante” sul professionista, nel senso che la stessa potrà essere ingente, se complessivamente considerata, ma, quasi sicuramente<sup>34</sup>, sarà costituita da una serie di micro crediti risarcitori-restitutori spettanti a ciascun consumatore. In tal caso è evidente che l’interesse del professionista a rimandare l’esecuzione ad un momento successivo, in cui la spettanza di quanto dallo stesso dovuto a ciascun creditore-consumatore sarà accertata in maniera definitiva, possa essere considerata prevalente rispetto all’interesse dei consumatori a veder concretamente soddisfatto, sin da subito, il loro credito accertato in primo grado. Le ragioni di questa prevalenza sono, infatti, appresso meglio specificate dal legislatore tramite la previsione delle ulteriori variabili di cui il giudice dovrà tener conto nella decisione sull’inibitoria: il “numero dei creditori” e le “connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame”. E’ chiaro che, allo stesso tempo, l’interesse dei creditori a veder comunque garantito il soddisfacimento del loro diritto, già accertato in primo grado, non possa del tutto soccombere solo in ragione della loro numerosità e delle conseguenti difficoltà connesse alla ripetizione delle somme loro eventualmente corrisposte. Ecco quindi la possibilità per il giudice di disporre il deposito delle somme dovute dal professionista, come giusta contropartita alla particolare cautela concessa al medesimo. La decisione sulla sospensione dell’efficacia esecutiva della sentenza di primo grado, unitamente a quella della connessa opportunità del deposito della cauzione, sarà assunta dal giudice

d'appello con ordinanza, ai sensi dell'art. 351, c. 1, c.p.c., la quale, data la natura di provvedimento endoprocedimentale avente carattere cautelare e provvisorio, è destinato ad essere assorbito e superato dal provvedimento a cognizione piena che definisce il giudizio<sup>35</sup>.

Al termine del giudizio d'appello, al momento dell'emissione della sentenza, il giudice avrà, quindi, l'ulteriore compito di decidere - in considerazione anche dell'esito del procedimento - se revocare l'ordinanza con la quale ha sospeso l'efficacia esecutiva della sentenza<sup>36</sup> e di pari passo svincolare le somme depositate dal professionista, oppure se mantenere "congelato" il contemperamento degli interessi precedentemente effettuato sino al passaggio in giudicato della sentenza, così come il comma 13 dell'art. 140 bis gli permetterebbe di fare.

Siffatte "deviazioni" rispetto a quello che normalmente accade nel processo ordinario di cognizione non sembrano del tutto irragionevoli, laddove si consideri che le stesse sono previste in quanto necessitate dalle particolari caratteristiche dell'azione di classe; caratteristiche che pongono in rilievo esigenze che permangono anche nel caso di proposizione del ricorso per cassazione e, appunto, fino al passaggio in giudicato della sentenza<sup>37</sup>.

La ricostruzione della norma prospettata, d'altra parte, appare anche conforme al potere che normalmente è conferito al giudice di secondo grado circa la decisione sulla sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza d'appello nel caso di ricorso per cassazione<sup>38</sup>.

Rimane, da ultimo, soltanto di occuparci della disciplina che regolerà lo svolgimento del giudizio di secondo grado.

Dato che l'art. 140 bis cod. cons. non prevede disposizioni specifiche al riguardo, devono ritenersi applicabili le norme sulle impugnazioni in generale e quelle sull'appello in particolare<sup>39</sup>.

Specificata importanza allora riveste la previsione contenuta nell'art. 359 c.p.c., secondo cui, "nei procedimenti d'appello ... si osservano, in quanto applicabili, le norme dettate per il procedimento di primo grado davanti al tribunale". Per il principio di tendenziale continuità tra il primo grado ed il rito del processo di appello, dunque, le disposizioni dettate per il primo grado di giudizio (nel nostro caso dall'art. 140 bis) devono essere osservate, salvo che siano incompatibili, anche nel giudizio di impugnazione. Se, infatti, in relazione a questa particolare tipologia di controversie, il legislatore ha sentito l'esigenza di dettare regole speciali per lo svolgimento del processo davanti al Tribunale, non si vede perché tali regole non debbano trovare applicazione anche in appello. Salva, sempre, la clausola di compatibilità delle particolari disposizioni dettate per il secondo grado di giudizio dagli artt. 339 e ss. c.p.c. L'unico dubbio che potrebbe sorgere è quello concernente la possibilità di attribuire anche alla Corte il potere di determinare discrezionalmente le regole di svolgimento del processo, dato che il comma 11 dell'art. 140 bis (invece di dettare espressamente le norme applicabili al primo grado) attribuisce il suddetto potere esplicitamente al "tribunale". Da ciò dovrebbe discendere, come conseguenza, che le regole di svolgimento del giudizio di gravame, per quanto non previsto dalle norme

dettate specificatamente per esso dal codice di procedura, sono quelle disciplinanti il primo grado del rito ordinario di cognizione. Questa interpretazione non sembra affatto condivisibile: a) così come mal si attaglia al giudizio davanti al Tribunale, la vigenza di schemi procedurali rigidamente precostituiti non potrà consentire un'agevole svolgimento del giudizio nemmeno davanti alla Corte d'Appello; b) per giunta, l'esplicito riferimento al "tribunale", contenuto nel comma 11, ha il senso di attribuire al giudice davanti cui si svolgerà il giudizio (di I o di II grado), piuttosto che a quello investito del reclamo sull'ordinanza che decide sull'ammissibilità<sup>40</sup>, il potere di determinare, caso per caso, la regola processuale maggiormente rispondente alle specifiche esigenze che vengono in rilievo con il concreto svolgimento di ciascun processo di classe.

Come già detto, chiaramente, tale potere affidato al giudice di determinare di volta in volta le regole ed i tempi di svolgimento del processo, dovrà ad ogni modo essere esercitato tenendo conto delle specifiche regole dettate dal codice di procedura per il secondo grado di giudizio e, in particolare, in materia istruttoria, dall'art. 345 c.p.c.

Per questi motivi e nell'ambito di questi limiti, malgrado parte della dottrina sia di diverso avviso<sup>41</sup>, pensiamo sia preferibile affidare anche al giudice dell'appello gli stessi "margini di manovra" concessi dalla disciplina dell'azione di classe al giudice del primo grado di giudizio.

## NOTE

1 Nel suo nuovo testo introdotto dall'art. 49, comma 1, l. 23 luglio 2009, n. 99, in vigore dal 1 gennaio 2010. Questo è stato ancora una volta recentemente ritoccato, da parte dell'art. 6, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito - con modificazioni riguardanti anche l'azione di classe - nella l. 24 marzo 2012, n. 27.

2 Per una prima disamina della disciplina del secondo grado di giudizio del processo di classe cfr. CAPONI, Il nuovo volto della class action, *Foro it.*, 2009, V, 383 ss, spec. 385; MENCHINI – MOTTO, Art. 140 bis, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2010, spec. par. 5 e 16; brevi cenni anche in BOVE, Profili processuali dell'azione di classe, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, 4, p. 1015 ss, spec. pag. 1036; più ampiamente si sono occupati di questo tema SANTANGELI – PARISI, Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche dell'art. 140-bis cod. cons., in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2010, par. 12.

3 Dalle analisi fatte, non risultano, in effetti, sin d'ora pronunce in grado d'appello riguardanti l'azione di classe; si sta parlando, d'altra parte, di uno strumento processuale di recente introduzione.

4 Si pensi, ad esempio, ad una pratica commerciale scorretta, ad un comportamento anticoncorrenziale, oppure ancora alla vendita di uno stesso prodotto difettoso, etc.

5 Cfr. DE CRISTOFARO, L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali, in *Resp. civ.*, 2010, 1933.

6 In effetti, anche se si prendesse in considerazione la prospettiva dell'impresa convenuta, la tutela giurisdizionale individuale la costringerebbe a subire ripetute e

separate “aggressioni processuali” derivanti da uno stesso illecito, con la conseguente e grave impossibilità di predeterminazione complessiva del rischio a cui va incontro.

7 Per una più ampia disamina degli ulteriori aspetti della disciplina normativa dettata dall'art. 140 bis si rimanda a BOVE, *Profili processuali dell'azione di classe*, *Giusto proc. civ.*, 2010, 4, p.1015 ss.; BOVE, *La trattazione nel processo di classe*, *Il giusto proc. civ.*, 1, 2011, p. 83 e ss.; CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. Giur.*, 2009, 1297 ss.; CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, *Foro it.*, 2009, V, 383 ss.; DE SANTIS, *Profili dell'azione di classe a tutela dei consumatori e utenti*, *Giusto proc. civ.*, 2010, 4, p. 1065 ss.; FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia di consumatori*, saggio redatto per il volume “*I diritti dei consumatori e la nuova class action*”, curato da P. Demarchi e S. Ambrosini, Zanichelli, 2010; MENCHINI - MOTTO, *Art. 140 bis*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2010; PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, *Riv. dir. proc. civ.*, n. 2, 2010, CEDAM, p. 253 e ss.; SANTANGELI - PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche dell'art. 140-bis cod. cons.*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2010.

8 Per “classe” si intende, appunto, l'insieme dei consumatori-utenti accomunati dal fatto di essere stati lesi da un medesimo comportamento illecito posto in essere da una determinata impresa e che quindi sono titolari di pretese risarcitorie/restitutorie distinte, ma omogenee. L'omogeneità di queste pretese scaturisce appunto dalla loro origine comune (tali pretese avranno lo stesso fatto costitutivo e saranno dunque connesse per titolo)

9 Art. 140 bis, comma 1.

10 Il termine per l'adesione è fissato dal giudice e ai sensi del comma 9 non potrà essere superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità prevista, appunto, ai fini di una tempestiva adesione degli appartenenti alla classe.

11 Art. 140 bis cod. cons., comma 15. Dato il c.d. principio di unicità dell'azione di classe, di cui appresso si parlerà, è controverso in dottrina se simili avvenimenti determinino il “risorgere” della possibilità per ciascun aderente di esercitare il proprio diritto solo nella forma del giudizio individuale, stante appunto il suddetto principio, oppure anche, di nuovo, nella forma dell'azione di classe.

12 La continenza quantitativa viene configurata come il “sovrapporsi di una sfera maggiore ad altra minore, in guisa che tutti i punti dell'una siano compresi nell'altra, la quale, peraltro, ne abbia alcuno in più” (cfr. PICARDI, *Manuale del processo civile*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 90). La continenza quantitativa consiste, in parole povere, nella semplice differenza quantitativa del petitum tra cause che invece sono del tutto coincidenti quanto a personae e causa petendi. Accanto a questa figura, peraltro non definita dal codice, la giurisprudenza ha ritenuto di poterne costruire un'altra – evidentemente al fine di ampliare la portata dell'efficacia del meccanismo previsto in caso di continenza –, detta continenza qualitativa, la quale si riferisce, tra le altre ipotesi, ai casi delle c.d. domande contrapposte che si ricollegano

allo stesso rapporto (es.: continenza fra la domanda di adempimento del contratto e la domanda di risoluzione per inadempimento dello stesso contratto). Dietro alla formula “domande contrapposte”, quindi, possono ravvisarsi ipotesi di connessione impropria, in quanto dipendono dalla risoluzione di identiche questioni.

13 Nei casi di continenza qualitativa: 1) se il giudice preventivamente adito è competente anche per la seconda causa, deciderà su entrambe; pertanto il primo giudice dovrà dichiarare con ordinanza la continenza e fissare un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti al primo giudice; 2) se competente per entrambe le cause è soltanto il secondo giudice, sarà il primo a spogliarsi della propria causa, rimettendola al secondo.

14 Come rileva BOVE, in *Profili processuali dell’azione di classe*, op. cit., p. 1017, il processo di classe, pur essendo oggettivamente “complicato” – avendo potenzialmente ad oggetto centinaia o migliaia di pretese risarcitorie – è soggettivamente semplice, perché in esso si scontrano un attore (il proponente) ed un convenuto (il professionista che ha posto in essere il comportamento lesivo dei diritti individuali omogenei degli appartenenti alla classe).

15 Il legislatore italiano (confermando la soluzione scelta anche nella prima formulazione della disciplina dell’azione di classe, introdotta con l’art. 2, c. 446, l. 24 dicembre 2007, n. 244) ha preferito, per risolvere il problema dell’estensione degli effetti del giudicato, l’adozione del sistema opt-in - in cui tali effetti si producono solo nei confronti dei soggetti che hanno proposto l’azione o vi hanno aderito –, alternativo a quello dell’opt-out – in cui invece gli effetti tendono a manifestarsi nei confronti di tutti gli appartenenti alla classe, tranne per i soggetti che espressamente dichiarino di dissociarsi dall’azione. In questo l’art. 140 bis del Codice del consumo si differenzia nettamente dalle class actions statunitensi, caratterizzate invece dalla facoltà di recesso dalla classe (opt-out). Tale meccanismo è, per esempio, previsto per le c.d. damage class actions, cioè le azioni di classe risarcitorie previste dalla Rule 23 (b)(3). I componenti della classe, individuabili tramite ogni ragionevole sforzo, ricevono una comunicazione, da parte della corte, nella quale sono indicati modalità e termini per l’esercizio del diritto di uscita dalla classe: l’atto di opt-out è predisposto dal cancelliere e viene allegato all’atto di omologazione della class action, il quale viene notificato a ciascun componente della classe. Tale atto, per essere efficace, deve contenere una chiara esposizione delle possibili alternative e delle conseguenze che derivano dall’esercizio della facoltà. Chi esercita l’opt-out non subirà alcun effetto estensivo della sentenza che definisce il giudizio. La scelta del legislatore italiano si discosta però anche dai modelli di auto inclusione adottati in Inghilterra ed in Germania, in quanto, mentre in questi ordinamenti la possibilità di beneficiare dell’azione di classe dipende dalla condizione di aver dato avvio ad un giudizio individuale che presenti questioni di fatto o di diritto comuni al gruppo, l’azione di classe italiana non presuppone che ogni singolo danneggiato instauri una controversia individuale, ponendo, al contrario, la partecipazione al processo di classe come opzione alternativa alla tutela individuale del proprio diritto. Per un’analisi comparatistica della regolamentazione delle azioni collettive e di classe nei vari ordinamenti di

common law e di civil law si rimanda a MARENGO R., *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Giappichelli editore, Torino, 2007, p. 61 e ss.

16 Il legislatore conferisce a colui che aderisce all'azione di classe la sola facoltà di indicare “gli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria”; ciò avviene per mezzo, e all'interno, dell'atto di adesione, il quale è anche l'unico atto che l'aderente può porre in essere in nome proprio all'interno del processo. Oltre a ciò l'aderente non può assumere un ruolo attivo nel giudizio, neppure in ordine ai temi a lui riferibili in modo esclusivo. Il potere-dovere di compiere qualsiasi attività tesa alla difesa dei diritti degli aderenti spetta al consumatore-proponente e soltanto a lui. Oltre a costituire un dato certo desumibile dalla lettura della norma, in modo conforme si è espressa la dottrina dominante: CAPONI, *La riforma della “class action”*. Il nuovo testo dell'art. 140 bis cod. cons. nell'emendamento governativo, op. cit., par. 15; CONSOLO, *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, op. cit.; MENCHINI, *Art. 140 bis*, op. cit., par. 5; SANTANGELI – PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, op. cit., par. 8; PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, op. cit., p. 259 – 260.

17 Tipica espressione anglosassone per riferirsi alle lesioni seriali che coinvolgono innumerevoli soggetti, ma la cui lieve entità individuale rende difficoltoso e spesso controproducente, dunque concretamente esclusa, ogni forma di tutela giurisdizionale.

18 A fronte, però, dei vantaggi – derivanti dall'utilizzo di questo strumento - ovvero trovare comunque tutela al proprio diritto senza la necessità di sostenere ingenti costi e sacrifici. GIUSSANI, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, op. cit., p. 1238

19 Per una più ampia disamina sull'istituto della sostituzione processuale v. PICARDI, *Manuale del processo civile*, op.cit., pp. 148 e ss.

20 In alternativa si può dire che il rapporto tra aderenti e proponente sia un rapporto sui generis, che non trova corrispondenza in nessuno degli istituti esistenti e disciplinati nel nostro ordinamento.

21 Così SANTANGELI – PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, op. cit., par. 12.

22 Così per CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, op. cit., p. 385, poiché la rinuncia ad impugnare implica disposizione del diritto, l'attore collettivo non può prestare acquiescenza alla sentenza di rigetto, senza premunirsi del consenso degli aderenti. Conformemente DE SANTIS, *Profili dell'azione di classe*, op. cit., p. 1074.

23 A parlare è BOVE, *Profili processuali*, op. cit., p. 1036. Secondo l'A., infatti, “non si può pensare che la decisione di non impugnare la sentenza equivalga alla disposizione dei diritti individuali controversi”.

24 Ci si riferisce a SANTANGELI – PARISI, *Il nuovo strumento*, op. cit., par. 12.

25 Cfr. sempre SANTANGELI – PARISI, *Il nuovo strumento*, op. cit., par. 12.

26 Cfr. art. 140 bis, c. 6, cod. cons., che disciplina il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe che si svolge nella prima udienza.

27 Per una prima disamina delle problematiche relative al c.d. litisconsorzio unitario, v. sub art. 331 del Codice di procedura civile a cura di PICARDI, IV edizione, Giuffrè Editore, 2008, p. 1635 e ss.

28 Conformemente v. BOVE, Profili processuali, op. cit., p. 1036, nota 23, il quale afferma che “La verità è che o la partita viene giocata nel processo di classe oppure, poi, non è verosimile che si giochi alcuna partita individuale. Ed, allora, escluso il potere d’impugnazione del singolo aderente, ove l’attore di classe decida di non impugnare la partita finisce qui!”.

29 Anche perché, come rileva giustamente BOVE, Profili processuali, op. cit., p. 1035, nota 21, “Un problema del tutto rimasto in ombra attiene all’esecuzione forzata ove si abbia la condanna del professionista. Se questi non adempie spontaneamente, il sistema non prevede meccanismi di aggregazione della classe in sede di processo esecutivo in analogia a quanto esso prevede in sede di processo dichiarativo. Insomma, se è vero che l’azione di classe è strumento “pensato” per dare effettività al diritto di azione quando, soprattutto per la scarsa entità della somma pretesa, non sarebbe ragionevole pretendere dal singolo l’esercizio di una azione in proprio, questa esigenza si ripresenta anche in sede di esecuzione forzata. Ma, mancando norme al riguardo, evidentemente ogni singolo consumatore vittorioso deve sperare nello spontaneo pagamento da parte del professionista. In caso contrario egli deve procedere in solitaria all’esercizio dell’azione esecutiva, scelta che difficilmente sarà fatta in concreto”.

30 E cioè la sussistenza di gravi e fondati motivi, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti.

31 Per ottenere la quale l’imprenditore dovrebbe intentare una miriade di cause individuali.

32 L’espressione secondo cui “la corte può comunque disporre” una simile misura, infatti, deve intendersi nel senso che il giudice può ordinare il deposito delle somme anche in assenza di una specifica richiesta a ciò diretta delle parti. Cfr. conformemente MOTTO, in MENCHINI – MOTTO, Art. 140 bis, par. 16. Sarebbe irragionevole, d’altra parte, ritenere che la corte possa concederla anche in assenza di un provvedimento di sospensione: in questo caso la sentenza di primo grado manterrebbe la sua provvisoria esecutività, con la conseguenza che potrebbe essere iniziata l’esecuzione forzata sui beni del debitore, il quale, contemporaneamente, vedrebbe oltretutto le somme dovute depositate e sottoposte a vincolo.

33 Dello stesso parere è MOTTO, in MENCHINI – MOTTO, Art. 140 bis, che al par. 16 compie un’ampia disamina del problema.

34 Considerato soprattutto il terreno elitario di utilizzazione dello strumento processuale dell’azione di classe, che, come detto, è quello delle small claims.

35 Cfr. Cass. 25 feb. 2005 n. 4060 e Cass. 8 mar. 2005 n. 5011.

36 Sempre che con la stessa il giudice avesse concesso l’inibitoria dell’efficacia esecutiva della sentenza fino al passaggio in giudicato della stessa.

37 Al contrario, MOTTO, in MENCHINI – MOTTO, Art. 140 bis, par. 16, ritiene che sarebbe forse il caso di azzardare un’interpretazione correttiva, maggiormente

conforme ai principi generali, per cui la locuzione “fino al passaggio in giudicato della sentenza” non dovrebbe riferirsi alla sentenza di appello, ma a quella di primo grado, la quale, proposto l’appello, può passare in giudicato solo in caso di emanazione di sentenze che dichiarino l’inammissibilità, l’improcedibilità dell’impugnazione o l’estinzione del giudizio di appello. Da ciò potrebbe, quindi, dedursi che in ogni altro caso il vincolo delle somme perda immediatamente efficacia con l’emanazione della sentenza di appello che pronuncia nel merito. Nonostante una simile ricostruzione non appaia del tutto arbitraria, comunque essa si risolve in una forzatura del dato letterale della norma (che parla di passaggio in giudicato della sentenza, e non di passaggio in giudicato della sentenza di primo grado). Vista poi l’utilità dell’opposta interpretazione maggiormente rispondente al testo dell’articolo, si preferisce propendere per quella.

38 Cfr.. art. 373 c.p.c.

39 Artt. 339 e ss. c.p.c.

40 Cfr. art. 140 bis, comma 7.

41 CONSOLO, Come cambia, op. cit., p. 1308, afferma che “sembrerebbe applicabile la disciplina comune dell’appello (sul punto non si è dunque esteso al giudice del gravame l’elastico potere regolatorio, invero eccezionale, “auto-normante” previsto per la trattazione e l’istruzione della causa in prime cure).

1 [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it)

## **11.LA TUTELA INDIVIDUALE DEL CONSUMATORE AL DI FUORI DEL CODICE DEL CONSUMO IN CASO DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE.**

**CRISTINA DALIA**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La tutela individuale del consumatore in caso di pratiche commerciali scorrette: l’ipotesi dell’annullamento del contratto per dolo – 3. Il silenzio e la menzogna nella giurisprudenza della Cassazione penale – 4. La responsabilità civile e penale del professionista – 5. Altre ipotesi di condotte illecite.

1. Com’è noto, il codice del consumo appresta dei rimedi di natura collettiva<sup>1</sup> a tutela del consumatore, che tendono a rimarcare non già l’interesse individuale del singolo, leso da comportamenti scorretti del professionista, ma l’interesse generale della categoria di consumatori a operare in un mercato corretto ed equilibrato.

La disciplina consumeristica, fatte salve le ipotesi peculiari in cui riconosce al consumatore una tutela individuale<sup>2</sup> e diritti contrattuali specifici<sup>3</sup>, non sancisce un generico sistema sanzionatorio in caso di comportamento illecito del professionista, posto in essere in qualunque fase della trattazione.

E ciò perché è prioritario garantire, di volta in volta, l’equilibrio normativo ed economico nel contratto, attraverso la rimozione delle asimmetrie informative e le asimmetrie di potere economico e contrattuale, intervenendo con il rimedio ritenuto più idoneo, nella logica che ispira la disciplina speciale di settore della trattazione del consumatore. Se si prescinde da questi strumenti specifici, che non sempre danno al consumatore completo ristoro per il tipo di lesione subita, eventuali pretese

risarcitorie individuali saranno esperibili secondo le regole generali del codice civile o di quello penale.

Sono numerose, infatti, le ipotesi in cui il codice del consumo rimanda, per quanto non espressamente disciplinato, alla legge ordinaria<sup>4</sup>. In ogni caso, l'assenza di un rinvio espresso alla legge civile o penale in altre sedi del codice del consumo – a ciò vale l'esempio delle pratiche commerciali scorrette ove non c'è un richiamo all'azione generale di responsabilità civile o ad una fattispecie di reato – ovviamente non ne esclude l'applicazione, considerata la natura speciale della disciplina di settore. In sostanza, al di là da superflue verifiche circa l'idoneità delle tutele collettive della disciplina consumeristica, quel che vuole accertarsi con la presente indagine è la forma di protezione individuale che meglio si attaglia alle esigenze del consumatore, privato della sua autodeterminazione, che ha interesse ad ottenere un risarcimento diretto ed immediato dal danneggiante. L'adozione di strumenti di tutela collettiva, quindi, non osta al ricorso ai rimedi tradizionali che, appunto, affiancati a quelli nuovi, svolgono una efficace funzione preventiva e deterrente nei confronti del contraente forte dal porre in essere condotte lesive dell'altrui volontà contrattuale. E ciò che rileva è proprio la libertà del consumatore di assumere decisioni contrattuali consapevoli, al fine di rimuovere la disparità di potere economico e giuridico che caratterizza la contrattazione tra imprese e consumatori.

2. Il problema della tutela individuale del consumatore è stato immediatamente avvertito dalla dottrina già all'indomani della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, e immediatamente dopo la sua attuazione nell'ordinamento italiano, per la indiscussa evocazione del dolo-vizio della volontà presente nella normativa. Le definizioni delle azioni e delle omissioni ingannevoli – rispettivamente di cui agli artt. 21, comma 1 e 22, comma 2, cod. cons. – concretandosi nell'idoneità delle stesse ad indurre il consumatore medio a prendere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso, infatti, lasciano intendere che, concettualmente, non vi è nulla di dissimile rispetto al raggirio che, ex art. 1439 c.c., è idoneo a spingere il *deceptus* a stipulare un contratto non voluto. In dottrina, infatti, si afferma che la sanzione amministrativa, posta a garanzia della concorrenza e diretta a tutelare l'interesse collettivo dei consumatori a non subire, da parte dell'imprenditore, violazioni di regole di condotta sul mercato, non esclude la tutela individuale del singolo consumatore<sup>5</sup>, che può tradursi, ad esempio, per il caso in cui la violazione costituisca reato: artt. 12, 32, 62, 67-septies decies, 81, 112, 127, 135, cod.cons. nell'azione di annullamento del contratto, da attuarsi secondo le regole proprie del codice civile<sup>6</sup>.

A dire il vero, la identificazione della protezione individuale del consumatore, in tale ambito, con l'azione di annullamento rischia di rimanere ancorata ad un discorso meramente teorico che non tiene conto della realtà dei traffici. La prima ragione di ordine pratico, che sembra ostare al ricorso all'annullamento, in caso di pratiche commerciali scorrette, coincide con la ricostruzione assai rigida che la giurisprudenza e parte della dottrina fanno del comportamento doloso, legata alla logica egualitaria del codice civile che concepisce il rapporto contrattuale come un modello ad armi pari

tra soggetti ben individuati, logica molto dissimile da quella che invece contraddistingue la contrattazione di massa<sup>7</sup>.

Ne consegue che, ai fini dell'annullamento, sembrerebbe, a primo acchito, che debbano ricorrere ed essere dimostrati dal *deceptus* i quattro elementi fondamentali del dolo-vizio, vale a dire: la condotta attiva, l'intenzionalità dell'inganno<sup>8</sup>, il nesso di causalità tra raggirio e conclusione<sup>9</sup> e l'idoneità del raggirio a sorprendere una persona di normale diligenza<sup>10</sup>.

Rectius, la condotta attiva e l'intenzionalità dell'inganno sono i due elementi del dolo-vizio che si desumono dall'orientamento prevalente che richiede, in caso di silenzio o menzogna, un complesso comportamento adeguatamente preordinato con malizia e astuzia a realizzare l'inganno<sup>11</sup>. E il rigore di siffatta interpretazione si giustifica prevalentemente con la ricostruzione penalistica fatta dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia del dolo del reato di truffa.

3. In realtà, questa argomentazione può dirsi superata.

Invero, sulla base della concezione tradizionalista della truffa idonea a distinguerla dalla frode civile – per definire nettamente i rispettivi ambiti di intervento della legge penale e della legge civile – una dottrina e una giurisprudenza risalenti richiedevano ai fini della configurabilità del delitto quel comportamento in più che, giustificando il disvalore sociale della legge penale, escludesse quelle condotte che potessero trovare sufficiente tutela in sede civile. La *mise en scene*, in questo modo, era ben compatibile con la struttura della truffa concepita come reato commissivo a condotta vincolata<sup>12</sup>. Quindi, si parte dall'idea sviluppatasi negli anni '50 che la menzogna necessiti di un *quid pluris* capace di farla sembrare verità e di trarre in inganno il soggetto passivo, per cui dovrebbe essere rafforzata da circostanze esterne<sup>13</sup>, quali, a titolo esemplificativo, le dichiarazioni rese dai terzi sulla solvibilità e correttezza del debitore che afferma di essere in grado di adempiere l'obbligazione<sup>14</sup>.

Questa posizione, però, trova un riscontro solo in dottrina e non anche nella giurisprudenza successiva che, già a partire dagli anni '70 e fino ai giorni nostri, si è mostrata nel senso di ritenere sufficiente, ai fini della configurabilità del raggirio, anche la mera dichiarazione mendace<sup>15</sup>, quale può essere in materia contrattuale la falsa dichiarazione di essere in grado di adempiere l'obbligazione<sup>16</sup>.

In realtà quell'elemento ulteriore è richiesto dalla fattispecie di cui all'art. 640 bis<sup>17</sup>. Infatti, la Cassazione<sup>18</sup> specifica che ai fini dell'art. 640-bis è necessario che al mendacio si accompagni un "*quid pluris*", cioè un'attività fraudolenta che vada ben oltre la semplice esposizione dei dati falsi, sì da vanificare o comunque rendere meno agevole l'attività di controllo della richiesta da parte delle autorità preposte.

L'atteggiamento di chiusura della dottrina e della giurisprudenza degli anni '50 rimane isolato pur in tema di silenzio, essendo decisamente prevalente il convincimento che quando l'ordinamento impone ad un soggetto un obbligo di informazione su determinate circostanze, il silenzio diventa reticenza<sup>19</sup> e assume valore di comportamento concludente<sup>20</sup>. Nelle pronunce si parla di silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze, da parte di chi abbia il dovere giuridico di farle conoscere, che integra il raggirio idoneo a determinare il soggetto passivo a

prestare un consenso che altrimenti non avrebbe dato, locuzione poi confermata dalle decisioni successive<sup>21</sup>.

Il silenzio maliziosamente serbato da una delle parti non può essere considerato comportamento meramente passivo, ma artificiosamente preordinato a perpetrare l'inganno<sup>22</sup>, laddove esso corrisponde alla violazione di obblighi di comunicazione. La inosservanza dell'obbligo di informazione (sia esso generico o specifico), quindi, è indice della condotta maliziosa diretta a indurre ad un contratto non altrimenti voluto. L'obbligo giuridico di parlare qualifica il silenzio in termini di condotta attiva e denota anche l'idoneità della condotta, legata alla violazione di un obbligo giuridico di parlare. Ne deriva la superfluità di ogni indagine relativa alla diligenza dell'ingannato<sup>23</sup>.

Il silenzio è sempre antidoveroso quando chi tace è consapevole della capacità di esso di determinare il consenso della controparte che non avrebbe contratto se l'informazione fosse correttamente data<sup>24</sup>. Il silenzio rileva se l'obbligo di comunicazione proviene da una legge penale, come nel caso dell'art. 316-ter c.p.<sup>25</sup>, o da una norma extrapenale come quella dell'art. 1759 c.c.<sup>26</sup>, o dell'art. 1337 c.c.<sup>27</sup>. La giurisprudenza, nel tentativo di distinguere le due figure, ricostruisce che il silenzio sarebbe violazione di obbligo giuridico di dire il vero, mentre la menzogna rilevarebbe come specifico affidamento che il falso può ingenerare<sup>28</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale della Cassazione penale a proposito della reticenza è piuttosto univoco rispetto a quello della Cassazione civile che in tema di responsabilità precontrattuale sta cercando di superare l'idea che la fattispecie è preclusa dalla conclusione del contratto<sup>29</sup> e di aprirsi anche al riconoscimento di un generico obbligo di informazione<sup>30</sup>.

4. L'interpretazione, da parte dei giudici di legittimità, del canone di buona fede precontrattuale, dunque, si sta finalmente orientando verso una piena affermazione del generico obbligo di informazione, più consona alla clausola generale dell'art. 1337 c.c., che per anni ha avuto un'applicazione mortificante e limitativa. Questa apertura ermeneutica è sempre più confortata e sostenuta anche dalla dottrina<sup>31</sup>.

Come è stato giustamente sottolineato<sup>32</sup>, la rigidità dei requisiti del dolo-vizio, adottata dalla giurisprudenza, tende inoltre ad evitare che un qualunque pentimento della contrattazione possa sfociare in domanda di annullamento del contratto. Il problema della reticenza e del mendacio è legato essenzialmente all'individuazione del confine tra obbligo di informazione e onere di autoinformazione, nel senso che si tratta di stabilire se l'obbligo di informazione gravante sul contraente finisce là dove sorge l'onere di diligenza del *deceptus* di sollecitare, richiedere l'informazione o procurarla addirittura altrove.

La previsione normativa del diritto ad un'adeguata informazione del consumatore di cui all'art. 2, comma 2, lett. c), cod. cons., attuato mediante la statuizione di ben precisi obblighi di informazione nelle varie sedi del codice del consumo, rafforza il dolo omissivo e attenua la rigidità dell'onere di autoinformazione<sup>33</sup>. Il contegno del *deceptus* deve essere valutato meno severamente<sup>34</sup> se egli ha il diritto di ricevere quelle informazioni da una persona determinata, nell'ottica della riduzione della

disparità di potere contrattuale. L'indagine, in tal caso, non va fatta sullo sforzo richiesto al *deceptus* di sollecitare l'informazione o attingere altrove le notizie, ma sull'idoneità dell'inganno a sorprendere un consumatore medio, cioè un consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento<sup>35</sup>. Il richiamo al consumatore medio sposta l'attenzione dalla sollecitazione dell'informazione al contenuto di essa, nel senso che – premesso che quelle notizie devono comunque provenire dal professionista – ci si attende dal consumatore una capacità di discernimento limitatamente alle informazioni palesemente e apertamente inverosimili.

Nel codice del consumo troviamo sanzionate le false dichiarazioni e le omissioni, quali violazione degli obblighi di informazione. Se vogliamo qui la consapevolezza del professionista di ingannare, o quantomeno approfittare del consumatore, è accentuata dall'obbligo di diligenza professionale dell'operatore economico, esperto conoscitore delle regole contrattuali e di mercato, che non può invocare l'ignoranza della legge che gli impone, proprio in ragione della sua attività e della sua posizione, specifiche regole di condotta. Tra l'altro, la previsione di un generico obbligo di informazione avrebbe aperto la via a più facili scappatoie volte a dimostrare l'inidoneità dell'informazione ad ingannare; diversamente si tratta di indicazioni espresse che il professionista deve rendere al consumatore, al fine di ridurre la disegualianza contrattuale. Considerato che il consumatore è in una posizione di debolezza, deve ricevere dal professionista tutte quelle informazioni che non può procurarsi in altro modo e che, consentendogli una esatta rappresentazione dell'operazione economica, lo inducono ad una decisione contrattuale consapevole e volontaria. Inoltre, la ratio dell'imposizione di obblighi di informazione al contraente forte è confermata anche dalle particolari modalità di contrattazione, caratterizzate dall'effetto sorpresa: essendo sovente l'iniziativa della contrattazione assunta proprio dal professionista, è inconcepibile attendersi dal consumatore impreparato una sollecitazione a ricevere le informazioni necessarie. E che il professionista sia l'unica fonte cui attingere l'informazione è confermato dal fatto che nel caso di recesso, trattandosi di notizia non determinante del consenso che può essere attinta dal consumatore in altro modo, la sanzione per la omessa informazione è più blanda.

Quindi, mentre la Cassazione penale unifica i due concetti di dolo omissivo e di reticenza, aprendosi a interpretazioni più adatte alla realtà della contrattazione, la Cassazione civile, invece, continua a mantenere posizioni discordanti laddove in tema di dolo omissivo mantiene un atteggiamento di chiusura - non più motivabile tra l'altro con un richiamo all'interpretazione giurisprudenziale penalistica sul dolo truffa – per poi orientarsi, in altre sedi, in favore della previsione di un obbligo generico di informazione precontrattuale. Appare evidente l'incongruenza ovvero la presenza di un contrasto ermeneutico vero e proprio: si ammette l'esistenza di un obbligo di informazione, ma non si assiste al passaggio successivo logico-consequenziale che deve indurre a ritenere che la violazione dell'obbligo di informazione, relativo a notizie determinanti del consenso, integra gli estremi del raggirio idoneo ad alterare la volontà contrattuale del *deceptus*.

Nonostante ciò, superato il primo ostacolo di ordine strutturale, che consente al consumatore la possibilità di ricorrere all'annullamento del contratto per dolo in caso di adozione di pratiche commerciali ingannevoli determinanti del consenso, si palesa, la seconda e ultima ragione di ordine pratico che è connessa al disinteresse effettivo che il consumatore può avere all'azione di annullamento, considerato che questo strumento è finalizzato prevalentemente a legittimare le restituzioni sulla base dell'indebito oggettivo, avendo interesse a rientrare in possesso del bene colui che è stato spogliato contro il proprio volere.

Ma nell'ambito consumeristico è improbabile che sia il consumatore a disporre di beni, essendo indotto ad acquistare beni o servizi di consumo che si rivelino per lui privi di qualunque utilità. L'annullamento potrebbe eventualmente riguardare i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi per un periodo prolungato, laddove la parte ingannata ha interesse a togliere di mezzo il contratto e ad ottenere il risarcimento ex art. 1337 c.c.

L'annullamento potrebbe, allora, cedere il passo all'azione generale di responsabilità di cui all'art. 2043 c.c.<sup>36</sup>, ogniqualvolta sia in discussione l'interesse del consumatore ad ottenere la restituzione delle somme corrisposte.

L'ingiustizia del danno, in tale ipotesi, si identifica con la lesione del diritto del consumatore ad un'adeguata informazione (art. 2, comma 2, lett. c) e alla correttezza nei rapporti contrattuali (art. 2, comma 2, lett. e). Non v'è dubbio che la responsabilità sussista ogniqualvolta venga violato un obbligo specifico o anche generico posto a carico del professionista dal codice di consumo<sup>37</sup>, la cui violazione pregiudica il suo diritto di assumere decisioni commerciali consapevoli e volontarie.

Il danno patrimoniale risarcibile corrisponderà alla perdita effettivamente subita dal consumatore, consistente nel corrispettivo e in tutte le spese accessorie sostenute per la contrattazione. E addirittura potrà lamentarsi anche una sorta di danno non patrimoniale se si realizza la lesione del diritto alla salute attraverso la pratica commerciale scorretta indicata nell'art. 21, comma 3. Per ogni altra pretesa risarcitoria di danno non patrimoniale, stante l'intervento chiarificatore del 2008 delle Sezioni unite della Cassazione<sup>38</sup>, ove si lamenti anche un pregiudizio morale, l'unica strada esperibile sarà quella della tutela penale del contratto affidata alla repressione del reato di truffa contrattuale. L'excurus dell'atteggiamento giurisprudenziale a proposito della configurabilità della truffa contrattuale anche in caso di semplice silenzio o menzogna, suggerisce la possibilità di ricorrere ad una forma di tutela individuale ulteriore, derivante dall'art. 640 c.p.<sup>39</sup>.

Infatti, la violazione degli obblighi di informazione sia generici che specifici è in grado di integrare gli estremi del raggirio idoneo ad indurre in errore, cioè alla conclusione di un contratto non voluto, da cui deriva un ingiusto profitto per il deceptor e un danno per il deceptus<sup>40</sup>.

In sostanza, nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, quando vengono violati gli obblighi di informazione specifici contenuti negli artt. 21, comma 1, lett. a, b, d, f; 21, comma 3; 22, comma 4, lett. a, b, c; 22-bis; 23, comma 1, lett. d, g, i, n, r, s, t, u, v; e l'obbligo generico consacrato nell'art. 22, comma 1, il consumatore ha un ampio

marginale di scelta tra le forme di tutela individuale secondo la legge generale. Realizzandosi la violazione degli obblighi di informazione nella fase precedente la conclusione del contratto, in primo luogo si offre al danneggiato la possibilità di annullare il contratto per dolo oltre che la scelta tra l'azione risarcitoria ex art. 1337 c.c. oppure ex art. 2043 c.c. - azione quest'ultima che può essere esercitata anche in via autonoma - fermo il ricorso all'azione penale<sup>41</sup>, ex art. 640 c.p.<sup>42</sup>, se il consumatore lamenta la lesione di un danno anche non patrimoniale, legato al turbamento psichico per essere stato vittima di un inganno perpetrato a mezzo di reato.

5. E alle medesime forme di tutela potrà aspirare il consumatore tutte le volte che si è al di fuori delle pratiche commerciali, ma sussistono comunque degli obblighi di informazione a carico del professionista. Non appena si entra nel vivo delle particolari modalità di contrattazione, vi è il riconoscimento di chiari obblighi di informazione che mutano in ragione della operazione economica, ma che hanno comunque un minimo comune denominatore che attiene alle notizie determinanti. E la violazione di questi obblighi può avvenire per omissione o per falsa informazione o informazione errata. Quindi, anche l'inosservanza degli obblighi di informazione specifici degli artt. 52, lett. a, b, c; 67-quinquies, comma 1, lett. a; 67-sexies, comma 1, lett. a, b, c, d, f, g, h; 87, comma 4, cod. cons., riguardando quelle notizie determinanti del consenso, è sanzionabile nei modi predetti<sup>43</sup>. La conferma scritta delle informazioni sancita dagli artt. 53 e 67-undecies addirittura rende più agevole la prova della violazione e di fatto

## NOTE

1 Il riferimento è ovviamente all'inibitoria collettiva delle clausole abusive (art. 37 cod. cons.), al procedimento amministrativo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in caso di pratiche commerciali scorrette (artt. 27 cod. cons.), e all'azione collettiva risarcitoria di cui all'art. 140-bis cod. cons.

2 Quale, ad esempio, quella dell'azione di nullità di protezione dell'art. 36 cod. cons.

3 Si pensi al diritto di recesso degli artt. 64, 67-duodecies, 73; al diritto alla riparazione, sostituzione, riduzione del prezzo o risoluzione in caso di vendita di beni di consumo (art. 130, comma 2); alle ipotesi di responsabilità civile (artt. 93, 94, 95 114) e penale (artt. 112, 114).

4 Si pensi all'art. 38 cod. cons., che rinvia alla disciplina generale del contratto per quanto non espressamente previsto dal codice del consumo in tema di contratti del consumatore; all'art. 19, comma 2, lett. a, che, in tema di pratiche commerciali scorrette, fa salva l'applicazione delle disposizioni contrattuali sulla formazione, validità ed efficacia del contratto, nonché a tutti i rinvii alla legge penale. La scelta per forme di tutela collettive e sanzioni amministrative, nonché il frequente rinvio alla legge penale, confermano la rilevanza pubblicistica della disciplina consumeristica. In realtà si tratta di una scelta di politica legislativa tesa a garantire il corretto funzionamento del mercato.

5 A. CIATTI, La tutela amministrativa e giurisdizionale, in «Le pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, p. 272 ss., a tal proposito cita il nono considerando della direttiva che fa salvi i ricorsi individuali di chi è leso dalla pratica. Per G. DE CRISTOFARO, La direttiva 2005/29/CE, Contenuti, rationes, caratteristiche, ivi, p. 5, la direttiva è indispensabile per rimuovere o ridurre gli ostacoli che si frappongono alla promozione degli scambi transfrontalieri necessari per il raggiungimento dei due obiettivi fondamentali per lo sviluppo del mercato interno: l'armonizzazione dei prezzi e l'ampliamento e la diversificazione dell'offerta dei prodotti e dei servizi.

7 Così C. TENELLA SILLANI, op. cit., p. 779.

8 In dottrina, per tutti, A. TRABUCCHI, voce Dolo, in Noviss. Dig. it., vol. VI, Torino, 1960, p. 153. In senso contrario R. SACCO, in R. Sacco, G. De Nova, Il contratto, Tomo I, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, 1993, p. 424.

9 In favore del nesso di causalità tra il raggiro e la conclusione del contratto, nel senso appunto che il consenso deve essere frutto dell'induzione in errore, per tutte: Cass. 23 giugno 2009, n. 14628, in Mass. Giust. civ., 2009, 6, p. 963; Cass. 25 maggio 2006, n. 12424, in Giust. civ., 2007, 6, p. 1446; Cass. 27 ottobre 2004, n. 20792; Cass. 4 maggio 1999, n. 4409; Cass. 11 marzo 1996, n. 1955, in Nuova giur. civ. comm., 1997, II, p. 180.

10 Cass. 23 giugno 2009, n. 14628, cit; Cass. 12 giugno 2008, n. 15706, in Guida dir., 2008, 42, p. 84; Cass. 19 luglio 2007, n. 16031, in Vita not., 2007, 3, p. 1206; Cass. 27 ottobre 2004, n. 20792, in Mass. Giust. civ., 2005, f. 1; Cass. 28 ottobre 1993, n. 10718, in ivi, 1993, p. 1528; Cass. 12 gennaio 1991, n. 257, ivi, 1991, f. 1; Cass. 18 gennaio 1979, n. 363, in ivi, 1979, p. 168; R. CAVALLO BORGIA, Art. 1439, in Della simulazione, Della nullità del contratto, Dell'annullabilità del contratto, artt. 1414-1446, in Commentario al codice civile Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1998, p. 472 s. Contra, nel senso che la diligenza non rileva: Cass. 29 agosto 1991, n. 9227, in Mass. Giust. civ., 1991, f. 8; P. GALLO, I vizi del consenso, in I contratti in generale, Tomo I, a cura di E. Gabrielli, in Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 469.

11 Con espresso riferimento alla condotta omissiva del silenzio che deve corredarsi di malizia e astuzia ex plurimis: Cass. 12 giugno 2008, n. 15706, cit. (che parla di omissioni sulla situazione patrimoniale della società); Cass. 19 settembre 2006, n. 20260, in Obbligazioni e contratti, 2007, 1, p. 75; Cass. 20 aprile 2006, n. 9253, in Mass. Giust. civ., 2006, p. 4; Cass. 15 marzo 2005, n. 5549, in Dir. e giust., 2005, p. 21; Cass. 12 febbraio 2003, n. 2104, in Mass. Giust. civ., 2003, p. 318; Cass. 17 maggio 2001, n. 6757, in Giust. civ., 2002, I, p. 729; Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295, in Mass. Giust. civ., 1994, p. 1214, Cass. 18 ottobre 1991, n. 11038, ivi, 1991, f. 10; Cass. 18 gennaio 1979, n. 363, cit. In senso contrario e cioè che anche il semplice silenzio può integrare gli estremi del dolo-vizio: Cass. 12 gennaio 1991, n. 22557, cit.; Cass. 7 agosto 2002, n. 11896, in Mass. Giust. civ., 2002, p. 1499 secondo cui: il dolo quale vizio di annullamento del contratto non deve necessariamente consistere nell'inganno

posto in essere con una condotta positiva di raggirio e-o mediante la comunicazione di notizie false ma può anche ravvisarsi quando siano state taciute da uno dei contraenti all'altro, in violazione del principio di buona fede, fatti e circostanze decisivi che, se conosciute, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso di tal che la volontà contrattuale in concreto espressa dal deceptus può considerarsi viziata nel suo meccanismo formativo dall'aver confidato in una realtà che, pur avendo determinato la prestazione del consenso, si sia poi rivelata falsa allorché quella vera sia stata deliberatamente taciuta dal decipiens.

12 In favore della identificazione del raggirio con la messa in scena si vedano: Cass. pen. sez. II, 4 maggio 1984, in Giust. pen., 1985, II, c. 434; Cass. pen. 23 novembre 1983, in Cass. pen., 1986, p. 87.

13 Cass. pen. 27 maggio 1955; Cass. pen. 8 novembre 1950. E in dottrina: D. ANGELOTTI, Delitti contro il patrimonio, in Trattato di diritto penale a cura di E. Florian, IV ed., Milano, 1936, p. 422; I. CARACCIOLI, Reati di mendacio e valutazioni, Milano, 1962, p. 111; e successivamente F. MANTOVANI, Diritto penale. Delitti contro il patrimonio, Padova, 1989, p. 162. Sulla idoneità degli elementi esterni a vincere la resistenza e a rendere definitiva l'affermazione del reo cfr. anche G. SAMMARCO, La truffa contrattuale, Milano, 1988, p. 186 s.

14 Cass. pen., sez. V, 23 gennaio 1984, in Giust. pen., 1985, II, c. 228.

15 Cass. pen. 23 gennaio 1978, in Cass. pen., 1979, p. 864; Cass. pen., sez. V, 21 maggio 1979, in Riv. pen., 1980, p. 257; (che specifica che l'errore deve essere determinato dall'attività delittuosa dell'agente); Cass. pen., sez. II, 14 gennaio 1982, in Giust. pen., 1983, II, c. 51; Cass. pen., sez. II, 14 maggio 1982, in Giust. pen., 1983, II, c. 508; Cass. pen., sez. II, 21 febbraio 1986, in Riv. pen., 1986, p. 685; Cass. pen. 30 ottobre 1996, n. 9834, in Giust. pen. 1997, II, c. 545; Cass. pen. 25 gennaio 2000, n. 2706, in Foro. amm., 2001, c.1890; Cass. pen. 8 giugno 2006, n. 23623, in Cass. pen., 2007, 10, p. 3725; Cass. pen. 10 febbraio 2006, n. 10231, in Guida dir., 2006, 30, p. 73. Secondo queste ultime due il silenzio rileva come omesso adempimento dell'obbligo di comunicazione, mentre la menzogna per lo specifico affidamento che la condotta può ingenerare. Da ultimo: Cass. pen. 2 ottobre 2009, n. 42337, in Guida dir., 2010, n. 5, p. 92, che ha ritenuto rilevante la condotta della parte – promettente venditrice – che falsamente garantisce la libertà del bene da vincoli, pesi e oneri e tace l'esistenza di un diritto di usufrutto a favore di terzi.

16 Espressamente Cass. pen., sez. II, 17 marzo, 1993, in Cass. pen., 1994, p. 2093, pure in assenza di qualunque messa in scena. Conformi: Cass. pen., sez. V, 21 marzo 1985; Cass. pen., sez. II, 27 marzo 1981, in Giust. pen., 1982, II, c. 233.

17 Cass. pen. 3 giugno 1997, n. 7280; Cass. pen. 18 settembre 1997, n. 375, in Giust. pen., 1998, II, c. 729.

18 Cass. pen. 18 settembre 1997, n. 375, cit.

19 Sulla rilevanza civilistica della reticenza, per tutti, cfr. G. VISINTINI, La reticenza nella formazione dei contratti, Padova, 1972; G. VISINTINI, La reticenza come causa di annullamento dei contratti, in Riv. dir. civ., 1972, I, p. 157 ss.

20 Il riferimento è a C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 198. Per G. SAMMARCO, voce *Truffa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1994, cit., p. 3, la soluzione dell'obbligo di impedire l'evento va integrata dalla prospettiva che concepisce il silenzio come comportamento concludente.

21 Cass. pen. sez. II, 14 aprile 1978, in *Giust. pen.*, 1979, c. 231; Cass. pen. sez. II, 28 luglio 1985, in *Cass. pen.*, 1987, p. 103; Cass. pen. sez. II, 18 febbraio 1988, *ivi*, 1990, I, p. 65; Cass. pen. sez. II, 19 aprile 1991, *ivi*, 1992, p. 2757; Cass. pen. 18 dicembre 1995, n. 2333, in *Giust. pen.*, 1996, II, c. 731; Cass. pen. 13 novembre 1997, n. 870, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1140; ; Cass. pen. 3 aprile 1998, n. 5579, *ivi*, 1999, p. 1825; Cass. pen. 10 aprile 2000, n. 6791, *ivi*, 2002, p. 610; Cass. pen. 11 ottobre 2005, n. 39905; Cass. pen. 27 febbraio 2009, n. 17262; Cass. pen. 14 ottobre 2009, n. 41717, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).<sup>26</sup> Cass. pen. sez. II, 23 giugno 1989, in *Cass. pen.*, 1991, I, p.1790; Cass. pen. 13 novembre 1997, n. 870, cit.; Cass. pen. 10 aprile 2000, n. 6791, cit.

27 Così: Cass. pen. sez. II, 19 aprile 1991, cit.; Cass. pen. 13 novembre 1997, n. 870, cit.; Cass. pen. 5 febbraio 2009, n. 19904, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. pen. 19 febbraio 2009, n. 10461, *ivi*; Cass. pen. 9 marzo 2009, n. 10461, *ivi*; Cass. pen. 5 giugno 2009, n. 26100, *ivi*, dalle quali si emerge che norma di comportamento cardine cui devono attenersi le parti nel corso delle trattative è quello della buona fede, che impone, in ossequio al principio di correttezza, che vengano esplicitati tutti gli elementi essenziali e rilevanti attinenti sia al contratto in sé, sia alle caratteristiche della cosa oggetto del rapporto giuridico. La violazione di quelle regole non può che comportare conseguenze che possono avere anche rilevanza sul piano penale.

28 Cass. pen. 10 febbraio 2006, n. 10231, cit.; Cass. pen. 08 giugno 2006, n. 23623, cit.

29 Cass. 11 agosto 1989, n. 3922; Cass. 16 aprile 1994, n. 3621, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 880; Cass. 25 luglio 2006, n. 16937; Cass. 5 febbraio 2007, n. 2479, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 2.

30 Si vedano: Cass., Sez. Un., 17 novembre 1978, n. 5328, in *Giust. civ.*, 1979, I, 32; Cass. 29 novembre 1985, n. 5920, secondo cui l'obbligo di comportarsi secondo fede, che deve presiedere il comportamento delle parti nel corso delle trattative (art. 1337 c.c.), si sostanzia soprattutto nel dovere di cooperazione e di informazione, al convergente fine della stipulazione del contratto, che va individuato ed apprezzato in relazione alla concreta fattispecie; Cass. 19 novembre 1994, n. 9802, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, f. 11 e Cass. 29 maggio 1998, n. 5297, *ivi*, 1998, p. 1159, relative all'obbligo di informazione circa la reale possibilità di concludere il contratto; Cass. 16 novembre 2000, n. 14865, in *Corriere giur.*, 2001, p. 762 (relativa all'obbligo ex art. 1337 dell'imprenditore di specificare le caratteristiche del bene compravenduto); Cass. 7 agosto 2002, n. 11896, che riconduce l'obbligo di informazione al principio di buona fede precontrattuale; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795, ad avviso della quale la regola posta dall'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della

stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto. In applicazione del riportato principio, la S.C. ha confermato la sentenza dei giudici di merito per i quali costituiva violazione del canone di buona fede di cui agli art. 1337 e 1338 c.c. il comportamento di una società di leasing che aveva omesso di informare la controparte circa la già avvenuta sospensione delle agevolazioni fiscali di cui alla l. n. 341 del 1995 e, anzi, aveva fornito assicurazioni circa la possibilità di far ricorso alle dette agevolazioni, per le quali la controparte medesima si era indotta alla stipula del contratto di locazione finanziaria.

31 G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., passim; R. SACCO, op. loc. cit.; P. GALLO, op. loc. cit.; F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 328.

32 F. GALGANO, op. cit., p. 329 ss.

33 Sul punto cfr. anche R. CALVO, *Le pratiche sleali «ingannevoli»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, cit., p. 199, secondo cui l'art. 7 della direttiva 2005/29/Ce dà espressa rilevanza al dolo omissivo.

34 Anche per C. TENELLA SILLANI, op. cit., p. 779 s., la fattispecie dell'art. 23, relativa alle pratiche in ogni caso ingannevoli, dovrebbe alleggerire il consumatore dall'onere di provare la sua diligenza in caso di annullamento per dolo. E genericamente per R. CALVO, op. loc. cit., è auspicabile, limitatamente allo sforzo di diligenza richiesto al consumatore, un canone di giudizio permeabile al tipo di contrattazione di massa.

35 Nell'interpretazione della Corte di Giustizia per tutte Corte giust. CE 12 febbraio 2004, c-218/01, in *Foro it.* 2004, IV, p. 130.

36 Sulla risarcibilità ex art. 2043 in caso di pratiche commerciali scorrette si veda ampiamente C. TENELLA SILLANI, op. cit., 77ss., la quale, tra l'altro afferma che la illiceità della condotta del professionista può concretarsi più genericamente nella lesione del diritto al corretto funzionamento del mercato e nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale. Nell'ambito della responsabilità civile il consumatore dovrà quindi provare i fatti costitutivi dell'illecito, perché la regola secondo cui è il professionista a provare che non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica da lui realizzata, ex art. 27, comma 5, cod. cons., opera solo nel procedimento innanzi all'AGCM (spec. p. 781). Quindi, il consumatore che agisca per il risarcimento del danno per effetto di pubblicità ingannevole, è tenuto a dimostrare non solo l'ingannevolezza del messaggio, ma l'esistenza del danno, il nesso di causalità tra pubblicità e danno e la colpa di chi ha diffuso il messaggio, la quale si concreta nella prevedibilità che dalla sua diffusione sarebbero derivate le conseguenze pregiudizievoli. Così Cass. Sez. Un., 15 gennaio 2009, n. 794, cit..

37 Genericamente, nel senso della configurabilità della responsabilità civile per false informazioni ogniqualvolta ci sia un obbligo alla corretta informazione M. FRANZONI, La tutela aquiliana del contratto, in I contratti in generale, Tomo, II, a cura di E. Gabrielli, cit., p. 1618.

38 La Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in Resp. Civ., n. 5/2009, p. 4 ss., ha posto un freno alla risarcibilità del danno esistenziale effimero, non in grado di influire concretamente sulla personale organizzazione di vita del danneggiato.

39 Cfr. anche A. CIATTI, op. cit., p. 274, secondo cui, in molti casi, le condotte scorrette del professionista possono integrare gli estremi della truffa, dell'estorsione o della violenza privata.

40 Circa gli elementi costitutivi della truffa contrattuale sia consentito rinviare a C. DALIA, Le aggressioni contrattuali al patrimonio. Reticenza e lesione della libertà contrattuale, Napoli, 2004.

41 L'azione penale non è in grado di togliere da mezzo il contratto perché il giudice, in quella sede non può pronunciarsi sulla costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici, come appunto l'annullamento. Così Cass. pen. 31 maggio 1990.

42 Cfr. Cass. pen. sez. II, 19 febbraio 2009, n. 12771 che ha ravvisato il reato di truffa contrattuale nel comportamento di chi, ponendo in essere una spregiudicata campagna pubblicitaria riguardante la facilità dei guadagni promessa a coloro che avessero stipulato accordi di franchising per la gestione di macchinette distributrici di acqua, ha di fatto esercitato pressioni sul deceptus per convincerlo ad aderire al contratto.

43 Tra le informazioni rilevanti emerge quella relativa all'identità del fornitore che è elemento determinante del consenso perché un consumatore si determina all'acquisto anche e soprattutto in considerazione della reputazione di un certo operatore: il fatto che il professionista ometta di dare indicazioni precise sulla sua identità vuole sfruttare proprio la confusione con altri marchi. Qui non c'è un errore spontaneo del consumatore, ma un errore indotto dal professionista che vuole sfruttare questa circostanza solleva il consumatore dall'onere di diligenza, posto che in tal modo il legislatore ha voluto ampiamente ribadire che è compito del professionista erudire la controparte circa gli aspetti essenziali della contrattazione<sup>44</sup>.

44 Appare evidente che in tutti i casi in cui la menzogna e/o il silenzio hanno spinto alla conclusione di un contratto a condizioni diverse, l'unica forma di tutela è quella che risulta dal disposto congiunto degli artt. 1440 e 1337 c.c.

## **12. Le rendite vitalizie. Principi generali e disciplina delle fattispecie(\*)** **DOMENICO RICCIO**

(\*) Omesse le note di riferimento giurisprudenziale e bibliografico, queste pagine trascrivono una parte di capitolo della recente monografia (G. Di Giandomenico e D. Riccio, I contratti aleatori, Giappichelli editore) che è parte del Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone (\*\*)

SOMMARIO: 1. Pluricità delle fonti e uniformità del rapporto. - 2. Il rapporto di vitalizio. - 3. L'evoluzione storica dell'istituto. - 4. Il contratto oneroso. - 5. La natura aleatoria del vitalizio oneroso. - 6. Il contratto gratuito. - 7. Il legato e il modus testamentario. - 8. Il contratto a favore del terzo. - 9. Le rendite vitalizie atipiche. - 10. Il contratto di assicurazione sulla vita. - 11. L'assegno vitalizio a favore del coniuge superstite separato nella successione necessaria. - 12. L'assegno vitalizio a favore dei figli naturali non riconoscibili. - 13. Le rendite derivanti da sentenza di condanna al risarcimento del danno permanente alla persona. - 14. La vita contemplata - 15. La rendita costituita su persone già defunte. - 16. Il vitalizio congiuntivo. - 17. L'oggetto della rendita. - 18. La risoluzione del contratto di vitalizio oneroso. - 19. Il divieto di riscatto e onerosità sopravvenuta. - 20. Sequestro e pignoramento della rendita. - 21. Vitalizio alimentare, contratto di mantenimento, vitalizio assistenziale.

#### 1. Pluricità delle fonti e uniformità del rapporto

La rendita vitalizia, istituito dai precedenti storici piuttosto risalenti, passando indenne dalle variegate temperie politiche e giuridiche, trova collocazione appropriata nell'attuale codificazione.

A costo di apparire paradossali, va espressamente enunciata la vigoria e la floridezza del vitalizio, quale uno dei rapporti tipici oramai tanto socialmente quanto economicamente più importanti. L'erronea sottovalutazione è legata all'equivoca lettera del codice, che esordisce trattando dei modi di costituzione (art. 1872 c.c.), quasi a voler racchiudere la materia negli stretti ambiti del contratto oneroso, donazione e testamento, salvo poi dettare una disciplina del rapporto che ha un'applicazione certamente più ampia del settore cui viene relegata da un'interpretazione troppo angusta. Invece, anche in questa ipotesi - esattamente come pure accade in tema di rendita perpetua - si deve affermare che il legislatore ha voluto, non solo e non tanto disciplinare il singolo contratto costitutivo di rendita, ma il più ampio genus dei rapporti di rendita vitalizia, quale che ne sia la fonte originante.

Pur sostenendosi l'obsolescenza della figura, si deve considerare che la cosiddetta decadenza della rendita vitalizia ha interessato non certamente l'area delle rendite in senso lato, bensì soltanto gli aspetti più peculiari delle fonti che storicamente si sono affermate per prime, ovvero il contratto oneroso, la donazione ed il testamento. A queste, però, si sono da tempo sostituite nuove fonti generatrici di rapporti vitalizi, quali - a tacer d'altro - le assicurazioni sulla vita.

D'altro canto, la funzione previdenziale, che prima trovava risposta nelle fonti classiche, non solo non si è esaurita, ma ha trovato nel meccanismo della rendita vitalizia, la possibilità di ovviare ad una molteplicità di bisogni - anche non strettamente economici - tanto che la prassi legislativa ha regolamentato una serie di ipotesi di rendite vitalizie, le quali - dati i loro caratteri peculiari - possono sicuramente ritenersi concretare un nuovo genus (quello appunto delle rendite previdenziali).

La molteplicità delle fonti, però, non deve far dedurre una discordanza nei rapporti, i quali pure possono essere regolati dalle norme codicistiche espressamente previste e

tutti, qualora non derogati da normativa speciale, trovano nel dettato codicistico la disciplina comune applicabile ordinariamente.

La fonte sostanzialmente non muta il rapporto. Infatti gli elementi comuni qualificano la struttura del rapporto e ne danno un profilo unitario. Pur essendo diversi gli elementi genetici, il rapporto che ne scaturisce è sempre un'obbligazione di rendita con caratteristiche costanti a prescindere dalla fonte, per cui le norme codicistiche dedicate alla rendita vitalizia, se hanno un vizio, non è certamente quello di essere dettate per un istituto oramai desueto, ma, al contrario, di non riuscire a regolamentare una fattispecie che, data anche la enorme diffusione e la conseguente importanza economica, appare essere particolarmente complessa. Pertanto tali norme, non solo non devono essere caducate, ma il legislatore, presa coscienza del mutamento dell'istituto, le deve riproporre appropriatamente riformulate affinché le stesse possano meglio ricomprendere quelle nuove forme nelle quali attualmente si manifesta il vitalizio.

## 2. Il rapporto di vitalizio

Per la rendita vitalizia il legislatore non ha indicato una formula definitoria, come per la rendita perpetua. Comunque per rendita vitalizia deve intendersi il rapporto obbligatorio, con cui una parte (vitalizzante) corrisponde ad un'altra (vitaliziata) una prestazione periodica di denaro o di altre cose fungibili per la durata della vita di un soggetto (vita contemplata), che può essere tanto il beneficiario della rendita, quanto il debitore, quanto ancora un terzo.

Anche la rendita vitalizia come la rendita perpetua appartiene alla categoria delle obbligazioni di durata ad esecuzione periodica. Nella categoria delle obbligazioni ad esecuzione continuata la rendita vitalizia si distingue per proprie caratteristiche. Mentre la durata illimitata della prestazione periodica è l'elemento essenziale e inconfondibile della rendita perpetua, nella rendita vitalizia la durata è collegata ad un termine incerto.

Il legislatore anche in tema di rendita vitalizia, così come per la rendita perpetua, ha accumulato modalità costitutive tra loro eterogenee in un tipo negoziale più ampio rispetto al contratto oneroso. In tema di rendita vitalizia, poi, la generalizzazione dello schema di rapporto è ancor più evidente. È lo stesso codice che afferma che la rendita esorbita dall'ambito strettamente negoziale e si rinvengono, infatti, altre ipotesi legali (artt. 548, c. 2°; 580 e 594 c.c.) e giudiziali (ad esempio, art. 2057 c.c.) nonché numerose altre ipotesi previste dalla legislazione sociale che vanno progressivamente assumendo maggior importanza rispetto alla rendita tipica.

Nell'ambito delle rendite possiamo vedere tre tipi di norme: quelle comuni che prescindono dal titolo, quelle specifiche del contratto oneroso ed infine quelle tipiche del contratto gratuito. L'insieme normativo richiama una prospettiva unitaria, almeno nel senso della disciplina del rapporto di rendita vitalizia, quale che ne sia la fonte. Tale volontà legislativa si palesa tanto nell'art. 1872 c.c., allorquando implicitamente ammette che un indentico rapporto possa sorgere da fonti negoziali

tra loro eterogenee, quali il contratto oneroso, la donazione e il testamento, quanto nell'art. 1874 c.c. dove, nel richiamare la fattispecie del contratto a favore di terzo come uno dei modi di costituzione della rendita, intende solo ribadire che pure la rendita conseguente alla applicazione di tale congegno negoziale non deroga alla disciplina propria del rapporto tipico di rendita vitalizia.

### 3. L'evoluzione storica dell'istituto

La rendita vitalizia ha certamente un'origine antica. Era, infatti, nota al diritto romano, che la considerava piuttosto che per il rapporto che ne scaturiva, soprattutto per il negozio che ne era fonte. Da questo punto di vista si distingueva tra legato e stipulazione di rendita, mentre rimaneva incerta la durata del rapporto che poteva essere tanto commisurata alla vita del beneficiario quanto perpetua. Quest'ultima determinazione della durata era preferita e doveva considerarsi perpetua una rendita cui non era espressamente attribuito un termine. Per evitare tale conseguenza furono ideati appositi espedienti, diversi a seconda della fonte della rendita.

Ad ogni modo nel diritto romano la disciplina della rendita fu frammentaria e disorganica mentre ebbe maggiore sistematicità nell'epoca successiva. Nel medio evo si sviluppò e progredì nella figura del precario, che consisteva nell'alienazione di una cosa mobile o immobile o cessione di una somma di danaro ad un ente ecclesiastico il quale, in corrispettivo, si obbligava verso l'alienante ad una prestazione annua per tutta la durata della sua vita.

Il primo elemento legislativo in questa materia, il Capitolare di Carlo il Calvo dell'846, si preoccupava di difendere i venditori contro gli abusi delle chiese e dei conventi, ai quali i privati cedevano i propri beni per sottrarli alle rapine ed alle imposte (dalle quali erano esentati gli enti ecclesiastici) stabilendo che le chiese dovevano corrispondere un usufrutto di valore pari al doppio del reddito del bene, se questo restava nel possesso precario dell'alienante, e pari al triplo, nel caso vi fosse stata la consegna.

Un nuovo ostacolo fu frapposto dalla dottrina dei canonisti, i quali vi intravedevano una elusione del divieto di usura. Ma contro tale tesi si opponeva il carattere eminentemente aleatorio della stipulazione.

L'opinione dell'aleatorietà si è radicata nella legislazione seguente, di tal che il codice albertino (art. 2010), quello parmense (art. 1845) e quello estense (art. 1829), stabilivano che la rendita doveva superare il frutto di cui era capace la cosa data come corrispettivo; d'altro canto l'art. 2009 del codice albertino seguendo l'esempio dell'art. 1975 del codice Napoleone (il quale contemplava il caso di malattia già esistente al momento del contratto) dichiarava nullo il vitalizio quando la rendita fosse stata costituita sulla vita di una persona che poi fosse morta entro quaranta giorni dalla conclusione del contratto.

Tali statuizioni non trovarono ingresso nel codice del 1865, benché la Commissione senatoria avesse proposto di subordinare la validità del contratto oneroso alla condizione che la rendita superasse il frutto di cui la cosa è capace. Si osservò in

contrario che se la misura fosse stata così tenue da fare della rendita vitalizia una donazione mascherata, essa si sarebbe potuta sempre impugnare per questo motivo. La proposta di escludere la validità del contratto oneroso, se la morte avvenga entro un breve periodo di tempo, riaffiorava nel progetto italo-francese sulle obbligazioni, ma non veniva accolta nel testo del codice.

#### 4. Il contratto oneroso

Il contratto oneroso costitutivo di rendita vitalizia è un contratto a prestazioni corrispettive, la cui causa è unica nonostante la ripetitività della prestazione. Essa consiste nello scambio tra un bene e la prestazione periodica di una somma di danaro o di una certa quantità di cose fungibili. Anche in questo contratto come in quello oneroso di rendita perpetua, le due controprestazioni non hanno la stessa natura: ad una prestazione istantanea fa riscontro una prestazione ad esecuzione continuata.

La figura tipica del contratto di rendita vitalizia fondiaria ha natura consensuale. Ciò non esclude che l'autonomia delle parti possa prevedere che la conclusione del contratto si verifichi nel momento della consegna del danaro, in tale ipotesi il contratto posto in essere sarà un contratto atipico di rendita.

Le parti del rapporto di rendita sono il vitaliziato ed il vitaliziante.

Il vitaliziato o costituente è colui che cede l'immobile o la cosa mobile o il capitale, mentre chi si obbliga a corrispondere la prestazione periodica è il vitaliziante. La posizione di entrambe le parti è di creditore e debitore insieme, come nella totalità dei contratti onerosi a prestazioni corrispettive. Gli obblighi che sorgono a carico dell'una o dell'altra parte a seguito della conclusione del contratto importano il compimento di atti di disposizione eccedenti l'ordinaria amministrazione, che richiedono la capacità di agire e di disporre sia da parte del vitaliziante che del vitaliziato.

Il vitaliziante può essere sostituito nel debito per atto inter vivos attraverso i normali meccanismi della novazione soggettiva passiva dell'obbligazione. Nel caso in cui il debitore della rendita premuova al vitaliziato, subentreranno nell'obbligo gli eredi, tenuti pro quota al pagamento (art. 752 c.c.).

Alla prestazione di rendita possono essere tenuti sin dall'origine una pluralità di soggetti passivi. In questi casi l'obbligo può essere stabilito anche pro quota, poiché l'oggetto della prestazione è una somma di denaro o una quantità di cose fungibili. In ogni caso, la solidarietà deve essere esclusa dal titolo, il quale deve pure precisare l'entità delle singole quote, che altrimenti si presumono uguali.

Per converso, il vitaliziato è il titolare della rendita, creditore della prestazione periodica convenuta quale corrispettivo di quanto corrisposto al vitaliziante. Nel vitalizio oneroso, il vitaliziato è pure parte del contratto, mentre nel caso di vitalizio a favore di terzo non ha la qualifica di parte contrattuale.

Il credito alla rendita è pure trasmissibile similmente a quanto accade sul lato passivo e secondo le regole generali previste per la cessione dei crediti, per cui - per effetto della cessione - il credito si trasferisce al cessionario con le garanzie reali e personali allo stesso connesse (art. 1263 c.c.).

Il mutamento del creditore può avvenire anche mortis causa, ovvero con la morte del vitaliziato, ma solo nelle ipotesi, ovviamente, in cui la vita contemplata sia relativa a

persona diversa dal vitaliziato. Il caso segue le norme generali, per cui al vitaliziato subentreranno gli eredi.

Non si discosta dalla disciplina della rendita perpetua la materia del corrispettivo, che può essere costituito dalla proprietà di un immobile ovvero dalla cessione di un diritto reale immobiliare, come l'usufrutto o la servitù, o un capitale; nel vitalizio, inoltre, può essere costituito anche dall'alienazione di un bene mobile.

Analogamente a quanto previsto in tema di rendita perpetua anche nella rendita vitalizia al trasferimento della proprietà del bene si applicano le norme sulla vendita. Il contratto, se si tratta di immobile o mobile registrato, deve essere trascritto ai fini della pubblicità. Vale per il creditore la garanzia ipotecaria legale dell'alienante. Quando, invece, la prestazione del vitaliziato consiste nella trasmissione di una somma di danaro, non vi è ipoteca legale ma il debitore deve concedere ipoteca volontaria, pena la ripetibilità del capitale.

La rendita costituita a titolo oneroso non può essere dichiarata impignorabile o insequestrabile dalle parti (art. 1881 c.c.).

Quanto alla forma, il contratto di rendita vitalizia onerosa richiede la forma scritta ad substantiam sia nella forma della scrittura privata sia nella forma dell'atto pubblico (art. 1350, n. 10, c.c.).

Il contratto oneroso di rendita vitalizia differisce dalla vendita perché, se in entrambe le ipotesi vi è un trasferimento della titolarità di un bene, il corrispettivo nella vendita è dato dal prezzo e nella rendita dalla prestazione periodica vitalizia, il che esclude ogni possibilità di assimilazione.

La rendita costituita mediante il trasferimento di un capitale si distacca dal mutuo ad interesse. La prima differenza è data dalla definizione stessa di mutuo per cui il mutuante consegna al mutuatario una determinata quantità di danaro o altre cose fungibili e questi si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e quantità (art. 1813 c.c.); il vitaliziato, invece, corrisponde al vitalizante un capitale in corrispettivo del diritto ad una prestazione periodica che cesserà soltanto colla morte della vita contemplata, ma non potrà il vitaliziato chiedere la ripetizione del capitale, salva l'ipotesi, ovviamente, dell'inadempimento (art. 1878 c.c.).

Il contratto di vitalizio non può essere confuso con la scommessa pura, pur rappresentandone una specie e pur se entrambi i tipi contrattuali appartengono alla categoria dei contratti aleatori, atteso che nella scommesse il rischio è creato artificialmente ed è collegato ad un evento del tutto estraneo all'interesse delle parti, per cui l'ordinamento giustamente presta solo una limitata tutela; nel caso di vitalizio, l'assunzione del rischio ha una natura chiaramente previdenziale sicché è scontato il giudizio di meritevolezza da parte dell'ordinamento.

Differisce, infine, il contratto oneroso costitutivo di rendita dalla assicurazione sulla vita (sebbene entrambe le fattispecie generino una rendita vitalizia), essendo diversa la natura dei contraenti. Nel secondo caso, infatti, il contraente che si assume l'obbligo della corresponsione della rendita è un assicuratore, ovvero un soggetto che deve ex lege avere una struttura volta alla contrattazione uniforme ed in serie di contratti di assicurazione sulla vita, cioè indirizzata non all'assunzione di un rischio, ma al suo

annullamento attraverso la distribuzione dello stesso su un numero indefinito di singoli contraenti secondo la legge dei grandi numeri. Ciò comporta la evidente difformità ontologica tra il vitalizio (che è un contratto aleatorio) e l'assicurazione sulla vita (che è un contratto commutativo) e ne giustifica le differenze di disciplina. La costituzione di rendita per contratto oneroso differisce, infine, dalla costituzione di usufrutto o di enfiteusi, perché in tali ultime ipotesi il diritto ai frutti è collegato all'immobile al quale inerisce il diritto, di tal che il perimento dell'oggetto del diritto reale estingue il diritto stesso, mentre nel vitalizio il diritto alla corresponsione della rendita è indifferente alle vicende del bene alienato.

##### 5. La natura aleatoria del vitalizio oneroso

La prestazione periodica è destinata a durare fino alla morte della persona o delle persone contemplate, il che rende incerta la misura e il rapporto tra le due prestazioni e ne determina l'aleatorietà. L'alea permea il contratto e ne diviene elemento essenziale.

Si ritiene, pertanto, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza che la mancanza dell'alea determina la nullità del contratto.

Nel vitalizio oneroso l'alea è voluta dai contraenti ed inerisce alla struttura del contratto. Da questo punto di vista (ovvero relativamente alla struttura) l'incertezza della durata maggiore o minore della vita contemplata comporta l'incertezza delle prestazioni. Pertanto la giurisprudenza ravvisa la mancanza di alea quando sia possibile prevedere anticipatamente l'entità dei vantaggi e delle perdite per i contraenti. Tale principio ha consentito la formulazione di due modelli giurisprudenziali costanti secondo i quali l'elemento dell'alea, con riferimento al momento della conclusione del contratto, deve essere esclusa in due ipotesi: quando l'entità della rendita sia inferiore o pari al frutto dei beni alienati in corrispettivo o sia ad esso superiore in misura così ridotta da poter escludere, considerata la probabile durata della vita contemplata, ogni alternativa di guadagno o di perdita; quando il beneficiario della rendita sia affetto da grave malattia al momento della conclusione del contratto e muoia entro breve tempo dalla costituzione della rendita stessa.

Relativamente al secondo dei descritti modelli giurisprudenziali va anche rilevata la malafede del vitalizante, ai sensi degli artt. 1337 ss. c.c., che, appunto, influisce sulla onerosità del contratto.

D'altro canto il requisito della aleatorietà non viene meno nel caso in cui il vitaliziato, a fronte delle prestazioni del vitalizante differisca il trasferimento a quest'ultimo dei beni alla propria morte; lo subordini alla condizione risolutiva della sopravvenienza di una situazione di assoluta necessità di alienare in tutto o in parte i beni promessi; riconosca in tal caso al vitalizante un compenso adeguato alle prestazioni già effettuate.

La mancanza di alea, ovviamente, non comporta la nullità del contratto ogni qual volta risulti la volontà di porre in essere non un contratto a titolo oneroso ma una

donazione, quando cioè la sproporzione tra le due prestazioni e lo spirito di liberalità siano noti alle parti e da queste accettati.

L'essenzialità dell'alea nella rendita vitalizia e pertanto la sua stessa riconducibilità alla categoria dei contratti aleatori è stata vivacemente contestata da una parte della dottrina. A tale proposito si è fatto leva in primo luogo sul  $\neg$ l'argomento letterale della mancata ripetizione espressa della necessità del  $\neg$ l'alea per la costituzione della rendita vitalizia (*ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*). Invero già sotto la vigenza del c.c. del 1865 vi erano voci di dissenso sebbene l'art. 1102 menzionava espressamente il vitalizio tra i contratti aleatori. La dottrina più recente ha evidenziato l'esigenza che l'indagine deve essere fatta caso per caso in relazione all'interesse concreto del vitaliziato. Ovverosia se manca completamente l'incertezza sulla determinazione delle prestazioni, il contratto deve ritenersi nullo (a meno che non si provi che si sia voluto procedere alla stipula di un contratto atipico gratuito od oneroso e che la causa di questo sia meritevole di tutela); se poi vi è incertezza nella misura delle prestazioni certamente si è in presenza di un elemento aleatorio, ma deve distinguersi se si tratti di alea economica (alea normale) o alea giuridica (alea in senso stretto).

Premessa la non esatta corrispondenza tra onerosità ed aleatorietà sarebbe opportuno chiedersi, nel quadro delle concrete operazioni costitutive del vitalizio oneroso, quale posto spetti effettivamente alla descritta situazione di incertezza nello schema causale globale del contratto. In altri termini, ci si dovrebbe domandare se l'incertezza abbia necessariamente forza determinante primaria nella intenzione delle parti, nel senso che senza di essa le parti non avrebbero posto in essere il contratto, oppure se essa possa ritenersi conseguenziale e secondaria per essere stata accettata soltanto in relazione alla mera durata del rapporto senza finalità speculative ed economiche.

Appare evidente l'impossibilità di formulare una risposta univoca al di fuori di un'indagine sul contratto singolo. Con riferimento al tipo negoziale di vitalizio attualmente si scorge una certa componente previdenziale ed assistenziale privata. D'altro canto la supposta componente assistenziale non contraddice alla componente aleatoria del contratto e si combina con essa in proporzioni variabili caso per caso.

Pertanto il problema non si pone in termini alternativi tra onerosità-aleatorietà e gratuità-non aleatorietà, essendo di fatto possibile tutta una serie di situazioni intermedie connesse al variegato combinarsi del momento assistenziale-previdenziale con quello aleatorio e speculativo. E non si tratta di un criterio meramente quantitativo quale quello proposto da parte della dottrina al fine di discriminare il carattere oneroso o gratuito del vitalizio e constatarne la mancanza dell'alea, quanto piuttosto, di una valutazione attinente al momento funzionale del negozio.

Non sembrano sussistere ostacoli concettuali all'ammissibilità di un contratto, sia pure atipico, di vitalizio oneroso non aleatorio, qualora ciò corrisponda alla comune intenzione delle parti. D'altro canto se non è escluso che le parti inseriscano elementi aleatori in contratti tipicamente commutativi (alea convenzionale) non si vede perché esse non possano disporre convenzionalmente della componente aleatoria del vitalizio, del resto finalizzato anche alla realizzazione di interessi che ontologicamente prescindono dall'alea (componente assistenziale).

Peraltro, è agevole rendersi conto che la comune intenzione delle parti potrebbe voler mantenere un sostanziale equilibrio tra le prestazioni e ciò a scapito della componente aleatoria. Il momento previdenziale e assistenziale, d'altro canto, non renderebbe inapplicabile tutta la disciplina prevista per il vitalizio, ma solamente quella parte connotata dall'elemento aleatorio. Per il resto il vitalizio oneroso così costituito sarebbe soggetto a quei rimedi (rescissione per lesione, risoluzione per eccessiva onerosità) propri dei contratti commutativi.

Così opinando si tende a distinguere il momento strutturale dal momento funzionale, si assume sostanzialmente che il contratto di rendita vitalizia rimarrebbe strutturalmente aleatorio, ovvero rimarrebbe l'incertezza della misura delle prestazioni, la quale ultima non potrebbe essere eliminata, ma esso non sarebbe posto in essere in funzione di rischio, bensì in funzione assistenziale e previdenziale.

A tale proposito si deve chiarire che la funzione assistenziale del contratto non dovrebbe appartenere alla sfera dei motivi (singolari ed interni ad ognuno dei contraenti) i quali non sarebbero sufficienti a mutare la destinazione della pattuizione, ma proprio al momento causale, ovvero il contratto deve ritenersi posto in essere da entrambe le parti in funzione solo previdenziale.

Sicuramente in tale ipotesi ci si troverebbe di fronte ad un contratto atipico, poiché il tipo previsto dal codificatore quale contratto di rendita vitalizia non ha l'elasticità necessaria per contenere un siffatto scostamento causale, tale contratto dovrebbe essere pertanto sottoposto all'imprescindibile giudizio di meritevolezza, che - nel caso concreto - difficilmente potrebbe superare, atteso che la utilizzabilità concreta del modello sarebbe inficiata dalla applicabilità, ad esempio, della risoluzione per eccessiva onerosità (si pensi all'ipotesi di richiesta di risoluzione perché il vitaliziato ha superato ampiamente i limiti previsti dalle tavole di mortalità) ovvero ancora dalla possibilità di far valere in giudizio una «presupposizione» (nel senso che si potrebbe dare per scontato che, una volta stipulato un vitalizio oneroso, il vitaliziato dovrebbe avere almeno il buon gusto di decedere in stretti termini o quanto meno di non vivere troppo a lungo!).

## 6. Il contratto gratuito

Fonte della rendita può essere anche la donazione. A differenza di quanto previsto in materia di rendita perpetua, il cui contratto gratuito tipico è costituito da una donazione cum onere, la costituzione della rendita vitalizia per atto di liberalità avviene con donazione diretta.

È evidente che l'oggetto della donazione è il rapporto obbligatorio, ovvero l'attribuzione al donatario vitaliziato del particolare diritto di credito alla rendita vitalizia. Infatti, il c. 2° dell'art. 1872 c.c. indica quale fonte la donazione, senza alcuna ulteriore indicazione, mentre il c. 2° dell'art. 1861 c.c. precisa che la rendita perpetua deve costituire l'onere dell'alienazione gratuita dell'immobile o della cessione gratuita del capitale.

La disciplina della rendita costituita mediante donazione coincide con quella prevista in sede materiae con i necessari aggiustamenti del caso. Per cui per la costituzione della rendita mediante donazione (semplice o cum onere) è necessario l'atto pubblico ad substantiam (art. 782 c.c.), poiché - analogamente a quanto dedotto per la rendita perpetua - il vitalizio non può essere considerato donazione manuale ai fini dell'applicabilità dell'art. 783 c.c.

L'art. 1791 c.c. del 1865 espressamente comminava la nullità della rendita vitalizia costituita a favore di persona incapace di ricevere per donazione. Più genericamente l'art. 1872 c.c. richiama le norme dettate per la donazione. Si applicano perciò gli artt. 779, 780, 599 c.c.

Alla figura della donazione modale si contrappone quella del negotium mixtum cum donatione che, pur presentando la struttura di un rapporto oneroso è, al tempo stesso, inteso a realizzare una liberalità. Perché si possa configurare tale ipotesi deve venir meno in concreto l'elemento dell'alea. L'esempio che se ne può trarre è la rendita in cui la rata sia inferiore al frutto che darebbe in un anno l'immobile alienato o la somma sborsata per la costituzione della rendita. Una situazione analoga si verificherebbe nel caso opposto in cui la rata stessa fosse superiore al valore dell'immobile o alla somma sborsata.

In simili ipotesi è necessario distinguere la costituzione di rendita simulata relativamente (nella quale il vitalizio non è voluto, ma è voluto un diverso negozio) dalla costituzione di rendita per contratto oneroso misto con donazione, nel quale le parti intendono realizzare, accanto allo scambio di attribuzioni patrimoniali, anche un vantaggio a favore di una di esse.

La rendita, inoltre, può essere costituita mediante donazione indiretta, ovvero qualunque atto che pur non configurando una donazione tipica realizzi l'arricchimento di una persona senza sacrificio da parte di questa. Le rendite costituite con donazione indiretta sono soggette alla disciplina generale stabilita per tale tipo di atto. Non è richiesta, però, la forma dell'atto pubblico ad substantiam, ma sono soggette a revocazione per causa di ingratitudine e per sopravvenienza di figli, a riduzione per lesione di legittima, a collazione (art. 809 c.c.).

Non si applicano neanche queste norme, invece, alle liberalità che si sogliono fare in occasione di servizi resi o in conformità agli usi (artt. 809 e 770, c. 2°, c.c.). I vitalizi così costituiti non sono soggetti a tali incombeni neanche per la parte che esorbita la misura dell'adeguata remunerazione. Non vi sono soggetti neanche le liberalità aventi per oggetto spese non sottoposte a collazione (art. 742 c.c.), come il vitalizio costituito per mantenere uno dei figli, per l'educazione, per le cure mediche per una malattia cronica, ecc..

Le rendite costituite a titolo gratuito sono soggette ai principi generali in materia di riduzione e collazione (artt. 555 ss., 737 ss. c.c.).

Le disposizioni degli artt. 1791 e 1794 c.c. del 1865, che stabilivano rispettivamente il primo, che la rendita vitalizia costituita per donazione era soggetta a riduzione se eccedeva la quota di cui è permesso di disporre; il secondo, che la stessa norma valeva in tema di donazione a favore del terzo. Entrambe le norme non sono state riprodotte,

ma solo perché le disposizioni di carattere generale sopra richiamate sulla riduzione e sulla collazione sono ampiamente comprensive di tali ipotesi e, quindi, la mancata riproduzione vale ad evitare una inutile duplicazione di norme.

È certamente cedibile la rendita gratuita costituita sulla vita del donatario o di un terzo. Ai fini del calcolo del valore della rendita ceduta bisogna tener presente che esso non è costituito dalla somma delle rate, ma dal complesso unitario dell'obbligazione, che può essere superiore o inferiore alla somma delle rate, tenendo conto che la misura fisica delle prestazioni nei contratti aleatori è funzione dell'elemento incerto (in questo caso, il complesso delle rate da versare è in funzione del lasso di tempo intercorrente tra la costituzione della rendita ed il decesso del vitaliziato).

La valutazione più esatta deve basarsi sulla probabilità di durata della vita del donatario o del terzo in relazione alla sua età.

È ovvio che se il vitalizio è costituito sulla durata della vita del donante, non può trovare applicazione né la collazione né la riduzione. Infatti il vitalizio costituito sulla vita del donante si estingue alla morte di questi e non ha pertanto valore alcuno.

**(\*\* ) GIOVANNI DI GIANDOMENICO e DOMENICO RICCIO  
I CONTRATTI ALEATORI**

**Volume del Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone  
G. Giappichelli editore, Torino pp. 419**

**Il contratto di assicurazione**

**Posted by beblexadmin**

**I CONTRATTI DI ASSICURAZIONE**

Sommario.

1. Nozione 2. Il rischio 3. La formazione e la struttura del contratto 4. L'oggetto del contratto di assicurazione: a) il premio e b) l'indennità 5. Le assicurazioni contro i danni a) interesse e valore; b) obblighi dell'assicurato e dell'assicuratore: La liquidazione dell'indennità 6. L'assicurazione sulla vita a) Tipologia e soggetti del rapporto; b) disciplina del contratto e pagamento del premio; c) prodotti finanziari assicurativi 7. L'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti a) profili generali ed obblighi di informativa e trasparenza; b) contenuto del contratto; c) Risarcimento del danno: 1) azione di risarcimento 2) Il Fondo di Garanzia per le Vittime della Strada.

1. Nozione.

L'assicurazione è definita dall'art. 1882 cod. civ. come quel contratto con cui un soggetto (assicuratore), dietro pagamento di un premio, si obbliga a rivalere un altro soggetto (assicurato) entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana.

Il contratto di assicurazione si configura, quindi, come un contratto a prestazioni corrispettive, in cui, a fronte della prestazione dell'assicurato consistente nel pagamento del premio, la prestazione dell'assicuratore consiste non tanto nel pagare una determinata somma di denaro (il che è subordinato al verificarsi di un determinato evento) quanto nell'assumersi un determinato rischio.

Il premio costituisce la prestazione dovuta dal contraente ed è determinato non con riferimento al particolare rischio dedotto nel contratto ma per categorie omogenee di rischi. Il rischio rappresenta quindi un elemento essenziale del contratto di assicurazione a pena di nullità. Il rischio deve essere tale da incidere sull'an o sul quando o sul quantum di una o di ambedue le obbligazioni reciproche e, quindi sul complessivo equilibrio negoziale. Ne consegue che la corrispettività delle prestazioni non va vista con riferimento alla erogazione di somme di denaro o all'oggetto della prestazione patrimoniale ma nella reciprocità dell'assunzione del rischio oggetto di trasferimento. Si tratta, cioè, di un contratto essenzialmente aleatorio, per cui l'eventuale disequilibrio contrattuale non è causa di rescissione del contratto per lesione (art. 1448 comma 4 c.c.) o di risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1469 c.c.) o non incide come vizio genetico del contratto, purché, però, vi sia una simmetria informativa e cioè il rischio sia individuabile a priori. Anche se la definizione del contratto di assicurazione è unica<sup>[1]</sup> ed individua un unico tipo contrattuale, va però sottolineato che le fattispecie astrattamente sussumibili nella definizione del contratto di assicurazione sembrano essere due e cioè l'assicurazione contro i danni, in cui la prestazione dell'assicuratore si identifica con l'obbligo di rivalere l'assicurato del danno prodotto da un sinistro; e l'assicurazione sulla vita, in cui la prestazione dell'assicuratore consiste nell'obbligo di pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana.

Vi è poi il particolare ramo contro gli infortuni. Quest'ultimo tipo di rapporto assicurativo sembra essere da alcuni riconducibile a un tertium genus. Si osserva, difatti, che è diverso sia dall'assicurazione contro i danni che dall'assicurazione sulla vita<sup>[2]</sup>: dalla prima, in quanto non si deve intendere limitata solo all'assicurazione di cose o di patrimoni, ma anche all'assicurazione contro i danni subiti dalla persona dell'assicurato per effetto di infortunio; dalla seconda, perché questa non esaurisce l'ambito delle assicurazioni di persone inglobando anche l'assicurazione contro gli infortuni, poiché la disgrazia accidentale non produttiva di morte non costituisce evento attinente alla vita umana ma solo evento attinente alla persona<sup>[3]</sup>.

2. Il rischio.

Pur nella diversità delle funzioni, vi è un elemento di comunione tra l'assicurazione contro i danni e l'assicurazione sulla vita: la possibilità che si verifichi un evento dannoso.

Va precisato che nell'assicurazione contro i danni l'elemento determinante del rischio è l'evento; mentre il danno ne costituisce la conseguenza. Pertanto l'assicuratore pagherà al solo verificarsi dell'evento dannoso previsto in contratto, mentre l'ammontare dell'indennità sarà commisurato all'entità del danno. Anche nell'assicurazione sulla vita l'elemento determinate è l'evento (che peraltro non necessariamente deve essere un fatto di per sé sfavorevole per l'assicurato, si pensi al caso della sopravvivenza). Tuttavia, in questo caso il danno non funge da misura dell'obbligazione dell'assicuratore, perché quest'ultimo dovrà pagare anche se non si è realizzato concretamente lo stato di bisogno temuto, pagando una somma o una rendita determinabile in contratto. Pertanto, a conferma della diversità tra i due tipi contrattuali, le conseguenze derivanti del verificarsi dell'evento si atteggianno in modo diverso; mentre il rischio è comunque l'elemento fondamentale di qualunque contratto di assicurazione.

Da qui ne discendono i seguenti corollari:

- In primis il contratto è nullo se il rischio non è mai esistito<sup>[4]</sup> o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto (art. 1895 cc). La conseguenza della nullità è il diritto dell'assicurato alla restituzione dei premi pagati e, qualora l'assicurato conoscesse la causa di invalidità, il diritto dell'assicuratore al risarcimento dei danni risentito per aver confidato, senza colpa, nella validità del contratto<sup>[5]</sup>. Viceversa la cessazione del rischio in corso di contratto ne comporta lo scioglimento con efficacia ex nunc; in questo caso l'assicuratore conserva il diritto a ritenere i premi corrisposti nonché quelli ancora da incassare relativi al periodo di assicurazione in corso al momento della comunicazione o della conoscenza della causa di cessazione del rischio (art. 1896 cc).
- In secondo luogo il rischio deve essere, oltre che esistente, anche determinato nel contratto, in modo tale che il contratto è annullabile in caso di dichiarazioni inesatte o reticenti dipendenti da dolo o colpa grave del contraente e relative a circostanze attinenti alla determinazione del rischio, tali cioè che l'assicuratore non avrebbe concluso il contratto o lo avrebbe concluso a condizioni diverse se le avesse conosciute (art. 1892, comma 1 cc). In questa ipotesi, in caso del verificarsi del sinistro, l'annullamento opera ex tunc e l'assicuratore non è tenuto a pagare la somma assicurata (art. 1892, comma 3 cc).

Se il contraente ha agito senza dolo o colpa grave, le dichiarazioni inesatte o reticenti non sono causa di annullamento del contratto, ma l'assicuratore può recedere dal contratto, mediante dichiarazione all'assicurato da farsi entro il termine di decadenza di tre mesi decorrente dal giorno in cui ha conosciuto l'inesattezza della dichiarazione o la reticenza (art. 1893, comma 1 cc). In questa seconda ipotesi, se il sinistro si verifica prima del decorso del termine, la somma dovuta dall'assicuratore è ridotta in base alla

proporzione tra il premio convenuto e quello che sarebbe stato applicato se si fosse conosciuto il vero stato delle cose (art. 1893, comma 2 cc).

L'aggravamento<sup>[6]</sup> del rischio deve essere comunicato dall'assicurato all'assicuratore se è tale che, se il nuovo stato di cose fosse esistito o fosse stato conosciuto dall'assicuratore al momento della conclusione del contratto, l'assicuratore non avrebbe stipulato il contratto di assicurazione o semmai l'avrebbe stipulato per un premio più elevato (art. 1898, comma 1 cc). In questo caso l'assicuratore può recedere dal contratto dandone comunicazione per iscritto all'assicurato entro un mese dal giorno in cui ha ricevuto l'avviso o ha avuto in altro modo conoscenza dell'aggravamento del rischio. Il recesso dell'assicuratore ha effetto immediato se l'aggravamento è tale che l'assicuratore non avrebbe consentito l'assicurazione; ha effetto dopo 15 giorni se l'aggravamento è tale che per l'assicurazione sarebbe stato chiesto un premio maggiore. In caso di sinistro verificato prima che siano decorsi i termini per recedere, occorre distinguere se, sussistendo il nuovo stato di cose al momento della conclusione del contratto, l'assicuratore non avesse concluso il contratto, allora egli è liberato da vincoli indennitari; altrimenti, se avesse concluso il contratto a diverse condizioni, con un premio più elevato, deve pagare una somma ridotta in maniera proporzionale al rapporto tra il premio stabilito nel contratto e quello che sarebbe stato fissato se il maggior rischio fosse esistito dalla conclusione del contratto (art. 1898, comma 5 cc).

Infine, se, successivamente alla stipulazione del contratto, il rischio diminuisce (art. 1897 cc) in misura tale che l'assicuratore avrebbe stipulato ad un premio inferiore, è onere dell'assicurato comunicare la diminuzione del rischio per avere diritto a pagare un premio successivo ridotto proporzionalmente. L'assicuratore, a decorrere dalla scadenza del premio o dalla rata di premio successiva alla comunicazione, è tenuto ad esigere il minor premio o in alternativa a recedere dal contratto entro 2 mesi dal giorno della comunicazione. La dichiarazione di recesso ha effetto dopo 1 mese (art. 1897, comma 2 cc).

### 3. La formazione e la struttura del contratto.

Il contratto di assicurazione è un contratto consensuale, a meno che non sia espressamente previsto dalle parti che la formazione del contratto sia subordinata al pagamento del premio.

L'art. 1887 cc considera come proponente il contraente e dispone che la proposta è irrevocabile per il periodo di 15 giorni dalla data della consegna o della spedizione della proposta stessa all'assicuratore (il termine è di 30 giorni nelle assicurazioni con visita medica). Il contratto si conclude nel momento in cui l'accettazione dell'assicuratore perviene al proponente (si cfr l'art. 1326 cc). L'art. 1887 cc, comunque, non è inderogabile e vi sono dei casi, nei quali la proposta viene fatta dall'assicuratore. È quanto si verifica quando la proposta di assicurazione è allegata all'offerta di beni o servizi (cd coupon insurance) ed in altre fattispecie particolari di contratti standard diretti ad una massa indistinta di potenziali utenti. La proposta non deve essere confusa con la sollecitazione alla conclusione di contratti di assicurazione,

effettuata dall'assicurazione mediante la propria rete di intermediari, in quanto attività meramente preparatoria, diretta all'acquisizione di affari. Occorre precisare che la disposizione dell'art. 1887 cc si applica solo alle assicurazioni contro i danni e alle assicurazioni sulla vita collettive, nonché alle assicurazioni sulla vita individuali di brevissima durata (inferiore o pari a 6 mesi). Nelle assicurazioni individuali sulla vita di durata superiore a 6 mesi la proposta è revocabile secondo i principi generali (cfr art. 1328 cc). Non solo, il contraente può recedere dopo la conclusione del contratto, entro 30 giorni dal momento in cui ne ha avuto conoscenza, con il conseguente diritto al rimborso del premio pagato al netto della parte relativa al periodo per il quale il contratto ha avuto effetto e delle spese (artt. 176 e 177 Codice delle Assicurazioni).

Il contratto di assicurazione deve essere provato per iscritto (art. 1888 cc). La forma scritta è richiesta solo ai fini probatori, non ai fini della validità del contratto e ciò data l'esigenza di documentare con certezza l'ammontare del rischio coperto e il conseguente premio. Questo implica l'obbligo da parte dell'assicuratore a rilasciare al contraente la polizza di assicurazione o altro documento da lui sottoscritto (art. 1888 cc).

La polizza<sup>[7]</sup> è un documento sottoscritto da entrambe le parti dove sono inserite le condizioni generali di contratto predisposte dall'assicuratore per gruppi di rischi omogenei. Di regola la polizza contiene condizioni generali predisposte dall'assicuratore e condizioni speciali relative al singolo contratto. Ai sensi dell'art. 1341 cc le condizioni generali o speciali di polizza sono efficaci nei confronti del contraente anche se questi non le ha conosciute, purché fossero conoscibili usando la normale diligenza. Sono tuttavia inefficaci le condizioni indicate nel comma secondo dell'art. 1341 cc se non sono approvate specificamente per iscritto dal contraente. Si applica inoltre la disciplina relativa alle clausole vessatorie nei contratti del consumatore di cui agli artt. 33 ss del Codice del Consumo, qualora il contraente sia una persona fisica che stipula l'assicurazione per scopi estranei alla sua attività professionale o imprenditoriale (art. 3 comma 1, lett. a). Per clausola vessatoria, in base a questa normativa, si intende la clausola che non è stata oggetto di negoziato individuale e che produce un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti a danno del contraente. Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole indicate nel comma 2 dell'art. 33 e la vessatorietà comporta la nullità della clausola, anche se specificamente approvata per iscritto ai sensi dell'art. 1341 cc (art. 36 Codice del Consumo). Non rientrano tra le clausole vessatorie quelle delimitative del rischio, in quanto non comportano una limitazione della responsabilità, ma attengono alla individuazione dell'oggetto del contratto (art. 34, comma 2 del Codice del Consumo).

L'assicurazione ha effetto dalle ore 24 del giorno della conclusione del contratto alle ore 24 dell'ultimo giorno della durata stabilita nel contratto stesso (art. 1899, comma 1 cc). Va peraltro rilevato che la conclusione del contratto non basta da sola per rendere operante la garanzia assicurativa. La durata può essere commisurata alla esposizione al rischio o può essere a termine fisso. In caso di durata poliennale

l'assicurato ha facoltà di recedere annualmente dal contratto senza oneri e con il preavviso di 60 giorni. Il contratto può essere tacitamente prorogato una o più volte, ma ciascuna proroga tacita non può avere una durata superiore a due anni (art. 1899, comma 2 cc). L'art. 33 del Codice del Consumo considera vessatorie, salvo prova contraria, le clausole di tacito rinnovo quando è fissata una data eccessivamente lontana dalla scadenza per l'efficacia della disdetta (così l'art. 33, comma 2, lett. i). L'art. 1899 non si applica alle assicurazioni sulla vita.

4. L'oggetto del contratto di assicurazione: a) il premio e b) l'indennità.

Il premio costituisce la prestazione dovuta dal contraente e va determinato non con riferimento al particolare rischio dedotto in contratto ma per categorie omogenee di rischi. Il premio si compone di due parti: il premio puro e il caricamento. Il primo è l'equivalente del rischio assunto dall'assicuratore ed è quindi calcolato su basi probabilistiche. Il caricamento è invece destinato a far fronte alla spese di acquisizione e di gestione della polizza. Il soggetto tenuto al pagamento del premio<sup>[8]</sup> è il contraente, anche se persona diversa dall'assicurato. Esso deve essere pagato anticipatamente per permettere all'assicuratore di preconstituire le riserve necessarie per far fronte ai sinistri. Se il contraente non paga<sup>[9]</sup> il premio o la rata di premio, salvo patto contrario, l'assicurazione resta sospesa fino alle ore 24 del giorno in cui il contraente paga quanto dovuto (art. 1901, comma 1 cc)<sup>[10]</sup>.

Occorre però distinguere perché in caso di inadempimento del primo premio la sospensione opera immediatamente fino alle ore 24 del giorno in cui il contraente paga quanto dovuto. La sospensione opera invece decorsi 15 giorni (dalle ore 24 del quindicesimo giorno) in caso di inadempimento delle rate successive del primo premio. Inoltre per il mancato pagamento del primo premio si prevede che il contratto si risolve di diritto se l'assicuratore non agisce per l'esecuzione del contratto nel termine di 6 mesi dalla scadenza del premio o della rata di premio. Nelle assicurazioni contro i danni, l'assicuratore ha diritto comunque al pagamento del premio relativo al periodo di assicurazione in corso e al rimborso delle spese (art. 1901, comma 3). Nell'assicurazione sulla vita, invece, se il contraente non paga il premio relativo al primo anno l'assicuratore può agire per l'esecuzione del contratto nel termine di sei mesi dal giorno in cui il premio è scaduto, mentre se l'inadempimento riguarda i premi successivi, nel termine di tolleranza previsto dalla polizza o, in mancanza, nel termine di 20 giorni dalla scadenza, il contratto è risolto di diritto e i premi pagati restano acquisiti all'assicuratore, salvo che sussistano le condizioni per il riscatto dell'assicurazione o per la riduzione della somma assicurata (art. 1924 cc).

b. L'obbligazione principale dell'assicuratore è costituita dal pagamento dell'indennità, nell'assicurazione contro i danni, ovvero della rendita o di un capitale, in quella sulla vita. Tuttavia (con la sola esclusione della assicurazione per il caso di morte a vita intera e nelle assicurazioni vita miste – morte e sopravvivenza) la prestazione in oggetto è subordinata al verificarsi di un evento, non solo futuro, ma anche incerto. Pertanto, a fronte del pagamento del premio, nel caso l'evento dannoso non si verifichi, nulla è dovuto dall'assicuratore.

Il pagamento dell'indennità (resctius indennizzo) costituisce la prestazione dell'assicuratore al verificarsi del sinistro nell'assicurazione contro i danni. Essa è normalmente rappresentata da una somma di denaro; tuttavia non è escluso che possa consistere in una prestazione in natura: tipico è il caso dell'assicurazione assistenza<sup>[11]</sup> o dell'assicurazione tutela giudiziaria<sup>[12]</sup>, ove la prestazione dell'assicuratore consiste nella messa a disposizione di servizi di assistenza, nella prima, e di prestazioni professionali da parte di patrocinatori legali, nella seconda. Così pure nella cd "assicurazione valore a nuovo", le apparecchiature sottratte o distrutte vengono sostituite con altre apparecchiature di tipo analogo.

5. Le assicurazioni contro i danni.

Interesse e valore.

Il contratto di assicurazione contro i danni è definito dall'art. 1882 cc, in cui, in contrapposizione alle assicurazioni sulla vita, si definisce come quel contratto con il quale l'assicuratore, dietro il pagamento di un corrispettivo, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno a esso prodotto da un sinistro.

Tal contratto è nullo se, al momento in cui l'assicurazione deve aver inizio, non esiste un interesse dell'assicurato al risarcimento del danno (art. 1904 cc). L'interesse può essere definito come rapporto tra un soggetto e un bene, mentre il danno come quella lesione dell'interesse così inteso. L'interesse e il danno assumono un significato e una portata diversi in base alla natura e all'oggetto dell'interesse al risarcimento del danno. Sotto questo profilo le assicurazioni contro i danni vengono distinte in tre categorie: assicurazioni di cose, di patrimonio e di persone.

Nelle assicurazioni di cose l'oggetto è rappresentato da un interesse qualificabile come rapporto tra l'assicurato e un elemento del suo patrimonio, il cui valore può essere calcolato con maggiore o minore approssimazione al momento della conclusione del contratto. La misura dell'interesse è rappresentata dal valore. Si deve distinguere tra "valore assicurabile" (che corrisponde alla misura dell'interesse esposto al rischio, come il valore dell'immobile assicurato contro l'incendio) e il "valore assicurato" (corrispondente alla misura dell'interesse sottoposto ad assicurazione: somma assicurata per quel determinato immobile). Quando il valore assicurato è pari al valore assicurabile si ha assicurazione piena. Se il valore assicurato è inferiore al valore assicurabile si ha sottoassicurazione o assicurazione parziale; viceversa si ha soprassicurazione o assicurazione eccedente il valore della cosa. In caso di assicurazione parziale si applica l'art. 1907 cc, in base al quale l'assicuratore risponde dei danni in proporzione al valore effettivamente assicurato in base alla seguente formula: indennità = danno x valore assicurato : valore assicurabile. Pertanto l'assicuratore pagherà un indennizzo pari all'intera somma assicurata solo in caso di danno totale, negli altri casi l'indennizzo sarà pari alla somma assicurata proporzionalmente ridotta. Essendo, però, l'art. 1907 cc norma derogabile, tale pattuizione potrà essere accompagnata dalla clausola cd assicurazione a primo rischio, con la quale l'assicuratore si obbliga a risarcire integralmente il danno fino a concorrenza della somma assicurata senza che il valore delle cose sia stato dichiarato

(assicurazione a primo rischio assoluto) o nei limiti di valore espressamente indicato (assicurazione a primo rischio relativo).

Fattispecie diversa da quella dell'assicurazione parziale è data dalla pattuizione della cd franchigia, in cui le parti determinano che l'assicuratore si obbliga a risarcire solo i sinistri i cui effetti dannosi superino un certo ammontare (franchigia semplice), oppure determinano che l'assicuratore acquista il diritto di detrarre in ogni caso dall'indennità un certo ammontare prestabilito (franchigia assoluta). Nel caso di soprassicurazione il contratto è nullo se vi è stato dolo da parte dell'assicurato, ma l'assicuratore in buona fede non deve restituire i premi pagati ed ha inoltre diritto al premio relativo al periodo di assicurazione in corso (art. 1909, secondo comma cc). In caso, invece di buona fede da parte dell'assicurato, il contratto è valido, ma ha effetto solo fino a concorrenza del valore reale del bene assicurato. Il contraente può chiedere che il premio sia proporzionalmente ridotto, ma la riduzione si applica solo ai premi successivi (art. 1909, secondo comma cc).

Nell'assicurazione contro il patrimonio l'interesse al risarcimento del danno è dovuto al sorgere di un debito (assicurazione di responsabilità civile) o di una spesa (ad es. assicurazione spese di cura), in altre parole, ad una alterazione negativa del patrimonio complessivo dell'assicurato. Salvo casi eccezionali, nelle assicurazioni del patrimonio non è possibile determinare il valore assicurabile, perché non è possibile stabilire priori l'entità massima dell'interesse esposto al rischio. Conseguentemente non vi sono i presupposti per l'applicazione degli artt. 1907 e 1909 cc. Quando invece è possibile determinare il valore assicurabile, le parti possono pattuire l'applicazione della regola proporzionale. Quando non è possibile stabilire preventivamente l'entità massima dell'eventuale debito o spesa dell'assicurato, per evitare che l'assicuratore assume un rischio illimitato, l'ammontare massimo dell'indennizzo deve essere stabilito dalla polizza (cd massimale di polizza).

Nelle assicurazioni infortuni<sup>[13]</sup> e malattie<sup>[14]</sup> (riguardanti i danni alla persona), da tenere distinti dalle assicurazioni per spese di cura da infortunio o malattia, riguardando queste ultime al patrimonio e non la persona, l'interesse corrisponde con l'integrità fisica della persona.

L'indennizzo, nelle assicurazioni infortuni, è predeterminato convenzionalmente in relazione al tipo e alla gravità delle conseguenze della lesione. Le polizze prevedono di regola il pagamento di una somma per il caso di morte e per il caso di invalidità permanente totale, mentre l'invalidità permanente parziale viene pagata in proporzione alla somma stabilita per l'invalidità permanente totale. È infine prevista una somma giornaliera (cd diaria) per il caso di inabilità temporanea per un numero massimo stabilito convenzionalmente di giorni. La determinazione forfettaria dell'indennizzo rende comunque inapplicabili alle assicurazioni danni alla persona le norme degli artt. 1907 e 1909 cc.

Obblighi dell'assicurato e dell'assicuratore. La liquidazione dell'indennità.

Oltre al principale obbligo derivante dal pagamento del premio, l'assicurato deve dare avviso all'assicuratore o all'agente autorizzato a concludere il contratto entro tre

giorni da quello in cui il sinistro si è verificato o l'assicurato ne ha avuto conoscenza (entro 24 ore nell'assicurazione contro la mortalità del bestiame). Le parti possono regolare diversamente l'obbligo di avviso. Funzione dell'avviso è quella di consentire all'assicuratore il tempestivo accertamento delle circostanze del sinistro, dalle quali dipende l'esistenza e l'entità dell'obbligo di risarcire il danno. Pertanto in caso di ritardo nell'esercizio dell'obbligo di avviso, tale vizio viene sanato dalla prova che l'assicuratore era venuto a conoscenza, nel termine previsto, del sinistro e delle sue modalità (art. 1913 primo comma cc).

Inoltre, l'assicurato deve fare quanto è possibile per evitare o diminuire il danno (obbligo di salvataggio, art. 1914 cc). L'obbligo sorge nel momento in cui si manifestano le prime avvisaglie del sinistro e permane fino a quando il danno che ne deriva è definitivo ed irreparabile. L'art. 1914 pone a carico dell'assicuratore le spese di salvataggio. Le spese devono essere rimborsate dall'assicuratore anche se il loro importo unitamente a quello del danno supera la somma assicurata. Tale norma ha lo scopo di evitare che la preoccupazione di dover sostenere spese che comportino il superamento della somma assicurata costituisca una remora all'opera di salvataggio (art. 1914, comma secondo cc). Ovviamente le spese fatte in modo inconsiderabile non devono essere rimborsate. L'inosservanza degli obblighi di avviso o di salvataggio comporta la perdita del diritto all'indennità, se dolosa (art. 1915 primo comma cc); il diritto dell'assicuratore a ridurre l'indennità in ragione del danno sofferto a causa dell'inadempimento, se colposa (art. 1915, comma secondo cc). Tra l'altro quest'ultima disposizione è inderogabile in senso sfavorevole all'assicurato e, quindi, è nulla la clausola che preveda la perdita del diritto all'indennità in caso di omissione colposa. La prestazione principale da parte dell'assicuratore consiste nel pagamento di una prestazione pecuniaria, ma alcuni tipi di polizze prevedono anche prestazioni in natura (ad es. la sostituzione del vetro infranto nell'assicurazione cristalli, la prestazione di servizi di assistenza legale nell'assicurazione tutela giudiziaria).

L'assicuratore è tenuto a risarcire, nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, il danno sofferto dall'assicurato in conseguenza del sinistro e risponde del profitto sperato<sup>[15]</sup> solo se si è espressamente obbligato (art. 1905 cc). Oggetto della copertura assicurativa, nelle assicurazioni di cose, è la cosa nella sua materialità, pertanto il danno massimo risarcibile è pari al valore della cosa.

La perdita o il deterioramento della cosa assicurata possono essere causa di ulteriori danni o spese per l'assicurato, ma la loro risarcibilità è condizionata dalla presenza di una copertura accessoria di un rischio diverso da quello di danno alla cosa (assicurazione per la perdita di redditi o assicurazione spese). Verificatisi l'evento e il danno l'assicurato può agire per ottenere il pagamento dell'indennità. L'onere della prova del sinistro e delle sue conseguenze dannose spetta all'assicurato, mentre grava sull'assicuratore la prova che l'evento ha causato il danno rientra tra i rischi esclusi o che il sinistro è stato provocato da dolo o colpa grave del contraente o dell'assicurato.

Di regola, in caso di contrasto tra le parti sull'ammontare del danno, le polizze prevedono la nomina di periti. Ciascuna delle parti nomina un perito e i periti così nominati, in caso di disaccordo, devono nominare un terzo perito. Si forma così un collegio arbitrale che decide a maggioranza. La giurisprudenza è orientata a qualificare la decisione peritale come arbitrato libero o perizia contrattuale[16]. Alcune sentenze hanno giudicato la clausola vessatoria e, quindi, inefficace, in quanto comporterebbe una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria (cfr. art. 33, comma secondo, lett. t) Codice del Consumo)[17].

Nell'accertare il danno non si può attribuire alle cose perite o danneggiate un valore superiore a quello che avevano al momento del sinistro (Art. 1908 cc).

Il valore che assume rilievo per la quantificazione del danno non è quindi il valore della cosa al momento della stipulazione del contratto di assicurazione, né quello necessario per sostituire la cosa perita o danneggiata con una nuova. La disciplina legale circoscrive il risarcimento al danno che deriva direttamente dalla perdita o dal danneggiamento della cosa assicurata, calcolata in base al suo valore al momento in cui il danno si verifica. L'unica eccezione è prevista per l'assicurazione dei prodotti del suolo, per i quali il danno si determina in base al valore che i prodotti avrebbero avuto al tempo della maturazione o al tempo in cui normalmente si raccolgono (art. 1908, ultimo comma cc). Non costituisce invece una deroga al principio di cui al primo comma dell'art. 1908 cc la cosiddetta assicurazione del valore a nuovo. Con questa clausola l'assicuratore si obbliga a risarcire non solo il danno commisurato al valore della cosa al momento del sinistro, ma anche la maggiore spesa necessaria per riacquistare o ricostruire il bene. Si tratta quindi, a ben vedere, di una garanzia aggiuntiva rispetto alla copertura del rischio che grava sulla cosa e, precisamente, della copertura delle spese aggiuntive necessarie per sostituire o ricostruire il bene assicurato.

6. L'assicurazione sulla vita.

a) Tipologia e soggetti del rapporto.

L'art. 1882 cc definisce l'assicurazione sulla vita come il contratto con il quale l'assicuratore, verso il pagamento di un premio, si obbliga a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente la vita umana.

L'evento dedotto in contratto può dunque essere rappresentato dalla morte, nel senso che la prestazione dell'assicuratore è dovuta nel caso intervenga la morte dell'assicurato entro il periodo contrattualmente previsto, ovvero la sopravvivenza, nel senso che la prestazione è dovuta solo se l'assicurato sarà ancora in vita allo spirare del termine contrattuale. Il rischio assicurato (cd rischio demografico) è rappresentato da una morte precoce dell'assicurato nel periodo di efficacia del contratto (assicurazioni caso morte) o la sopravvivenza alla data prevista dalla polizza (assicurazione caso vita), o sia il rischio morte che il rischio sopravvivenza (assicurazioni miste).

Le fattispecie più diffuse di assicurazione caso morte sono: a vita intera, ove la durata del contratto è legata alla durata della vita dell'assicurato, onde la prestazione

dell'assicuratore è certa, mentre è incerto è solo il momento in cui essa sarà dovuta; ovvero temporanea (o a tempo determinato), ove la durata è contrattualmente prevista in un numero di anni, solitamente piuttosto numeroso (normalmente 5, 10, 20 anni), dato il carattere previdenziale dell'operazione<sup>[18]</sup>.

L'assicurazione sulla vita per il caso di sopravvivenza (che ovviamente può essere stipulata solo a tempo determinato) può essere a capitale o a rendita differita e a rendita immediata. Nel primo caso, oggetto della prestazione dell'assicuratore è il pagamento di una somma di denaro (capitale) o di una rendita periodica (che può essere erogata per tutta la vita dell'assicurato (rendita vitalizia) o per un periodo prefissato (rendita temporanea) ed è dovuta solo se l'assicurato sopravvive alla durata stabilita in contratto, durante la quale l'assicurato ha corrisposto i premi; nel secondo caso, a fronte del pagamento di un premio unico anticipato, l'assicuratore corrisponde immediatamente la rendita. Maggiore diffusione nella prassi incontra l'assicurazione cd. mista. Essa prevede il pagamento di un capitale o di una rendita se l'assicurato è in vita alla scadenza del termine di differimento, o il pagamento di un capitale in caso di premorienza.

L'assicurazione può essere stipulata sulla vita propria o sulla vita altrui. Solo nel primo caso la figura del contraente e dell'assicurato coincidono nella stessa persona. Per evitare che l'assicurazione si traduca in un incentivo all'omicidio, la validità dell'assicurazione per il caso di morte di un terzo è subordinata al consenso scritto di quest'ultimo (art. 1919 comma 2 cc).

Tuttavia, l'assicurato può essere preso in considerazione unicamente come soggetto portatore del rischio: ed allora la prestazione dell'assicuratore sarà a beneficio dello stesso contraente. A differenza dell'assicurazione contro i danni, sempre in virtù del principio indennitario, è ammissibile che il contraente (non assicurato) designi un terzo beneficiario della prestazione; in questo caso avremo pertanto tre figure: il contraente, tenuto ad adempiere le obbligazioni derivanti dal contratto, l'assicurato, semplice soggetto portatore del rischio, il beneficiario, il soggetto a cui beneficio sarà erogata l'eventuale prestazione dell'assicuratore.

b) Disciplina del contratto e pagamento del premio.

Può essere previsto un premio unico o un premio periodico. Il premio è sempre dovuto in unica soluzione nell'assicurazione di rendita immediata. Il premio periodico può essere dovuto per tutta la durata del contratto o per un determinato numero di anni. può infine essere prevista la facoltà del contraente di versare premi aggiuntivi, al fine di conseguire un capitale o una rendita superiori a quelli previsti al momento della stipulazione. In ogni caso il pagamento del premio termina con il verificarsi dell'evento assicurato. Il contraente è obbligato a pagare solo il premio per il primo anno. L'assicuratore decade dal diritto al pagamento del premio se non propone azione per il pagamento entro 6 mesi dalla scadenza. Questa norma si applica anche se è previsto il pagamento rateale (art. 1924, 1 cc). Il pagamento del premio o della prima rata di premio è condizione di efficacia della garanzia; se il pagamento è rateale è però previsto per le rate successive alla prima un termine di tolleranza di 15 giorni (art. 1901 cc). Il pagamento dei premi successivi al primo non è invece obbligatorio per il

contraente. Il mancato pagamento, decorsi 20 giorni dalla scadenza o il diverso termine previsto dalla polizza (cd termine di tolleranza), comporta la risoluzione di diritto del contratto[19] e i premi pagati restano acquisiti all'assicuratore, salvo che sussistano le condizioni per la riduzione o per il riscatto della somma assicurata (art. 1924, 2 cc).

Nelle polizze vita le dichiarazioni precontrattuali hanno rilievo solo nell'assicurazione sulla vita per il caso morte, posto che, in quella per il caso sopravvivenza, non sono concepibili circostanze che possono influire sul rischio in senso favorevole per l'assicurato. All'assicurazione caso morte si applicano le norme generali relative alle dichiarazioni inesatte ed alle reticenze (artt. 1892 e 1893 cc). Tuttavia per evitare contestazioni, le polizze talvolta possono prevedere la cd clausola di incontestabilità, con la quale l'assicuratore rinuncia a far valere eventuali dichiarazioni inesatte o reticenze, salvo il caso di malafede.

Una disciplina particolare è dettata dal Codice delle Assicurazioni.

L'art. 176 stabilisce che la proposta di assicurazione (individuale) sulla vita di durata superiore a 6 mesi (con esclusione dei rami IV e VI, ossia delle assicurazioni malattia a lungo termine e delle operazioni relative a fondi pensione) formulata dal contraente è revocabile sino alla comunicazione dell'accettazione da parte dell'assicurato. In caso di revoca l'assicuratore deve restituire al contraente eventuali somme percepite entro 30 giorni dal ricevimento della dichiarazione di revoca[20].

L'art. 177 stabilisce invece che il contraente può recedere dal contratto (individuale) di assicurazione entro 30 giorni dalla comunicazione dell'accettazione dell'assicuratore. Questa facoltà deve essere comunicata al contraente e il contratto deve indicare chiaramente termini e modalità del recesso. Entro 30 giorni dalla comunicazione del recesso l'assicuratore deve rimborsare il premio corrisposto, al netto della parte relativa al periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione ed alle spese se effettivamente sostenute e documentate in contratto[21]. Data la natura dell'evento assicurato, le circostanze relative al rischio assumono un minor rilievo nelle assicurazioni sulla vita rispetto alle altre specie di assicurazioni.

La disciplina delle dichiarazioni precontrattuali e dell'aggravamento del rischio può d'altro canto trovare applicazione solo quando è assicurato il rischio morte.

Pertanto quando il rischio assicurato è la sopravvivenza dell'assicurato, la natura favorevole dell'evento e la impossibilità dell'assicurato di influire su di esso rendono praticamente inapplicabili le norme relative al rischio, con la sola eccezione dell'art. 1895 cc (morte dell'assicurato precedente alla stipulazione del contratto); quando è assicurato il rischio morte trova applicazione l'art. 1892 e 1893 sulle dichiarazioni precontrattuali, con la sola deroga in presenza della clausola di incontestabilità. All'assicurazione sulla vita per il caso di morte si applica invece una disciplina speciale per l'aggravamento del rischio dovuto a cambiamento di professione o di attività[22] dell'assicurato (art. 1926 cc). Se il cambiamento di professione o di attività è tale che, se il nuovo stato di cose fosse esistito al momento del contratto, l'assicuratore non

avrebbe consentito a stipulare il contratto, gli effetti dell'assicurazione cessano dal momento dell'aggravamento; se invece avesse consentito, ma ad un premio più alto, in caso di morte dell'assicurato l'assicuratore pagherà una somma ridotta in proporzione al minor premio convenuto rispetto a quello che sarebbe stato stabilito.

Se l'assicurato comunica all'assicuratore il cambiamento di professione o di attività, la norma privilegia la conservazione del contratto, favorendone la modificazione in modo da ristabilire l'equilibrio tra rischio e premio. L'assicuratore entro 15 giorni dalla comunicazione deve dichiarare se intende far cessare gli effetti del contratto oppure ridurre la somma assicurata o elevare il premio. L'assicurato, d'altro canto, qualora l'assicuratore proponga la modificazione del contratto, deve entro 15 giorni dichiarare se intende accettare la proposta. Se invece l'assicurato rifiuta la proposta, il contratto si risolve, fermo restando il diritto dell'assicuratore al premio relativo al periodo di assicurazione in corso e il diritto dell'assicurato al valore del riscatto, se ne sussistano i presupposti. Infine, in caso di suicidio dell'assicurato, l'assicuratore, salvo patto contrario, è obbligato a pagare le somme assicurate, se il suicidio si verifica dopo 2 anni dalla stipulazione o dalla riattivazione della polizza.

#### c. Prodotti finanziari assicurativi.

Le assicurazioni sulla vita sono sempre state caratterizzate da una componente finanziaria, che, in origine, era costituita dal fatto che premio e somme assicurate venivano calcolati su una ipotesi di capitalizzazione del premio ad un saggio di interesse predeterminato (cd tasso tecnico). Il rischio relativo agli investimenti delle somme pagate a titolo di premio (cd rischio finanziario) restava interamente a carico dell'assicuratore. Questo tipo di polizze presentavano un duplice inconveniente per l'assicurato: perdita dell'originario potere di acquisto della somma assicurata in periodi di svalutazione della moneta e rendimenti delle somme corrisposte a titolo di premio inferiori a quelli conseguibili con l'acquisto di altri prodotti finanziari (come ad es. i titoli di Stato). Per evitare il completo fallimento di tali polizze dovuto alla sempre più crescente disaffezione da parte dei risparmiatori a simili modelli, le imprese hanno via via modificato il modello originario. Le polizze attualmente in uso possono essere ricondotte alle polizze rivalutabili o a quelle collegate a fondi di investimento (United Linked) o a indici (Index Linked). Va detto che questi modelli sono espressamente contemplati dal legislatore nell'art. 2 del DLgs 209/2005, il quale sembra contemplare tra le assicurazioni sulla vita quelle "le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento"[23].

Il dubbio è se questi prodotti assicurativi possano essere ancora considerati tali o piuttosto assimilabili a veri e propri prodotti finanziari come, d'altro canto, sembra ricavarsi da una precisa scelta legislativa adottata nella disciplina a tutela del risparmio (L. 262/2005) di equiparare i prodotti assicurativi ai prodotti finanziari tout court.

Va precisato che mentre in alcuni casi, come nelle polizze rivalutabili, l'assicuratore garantisce la corresponsione della somma assicurata in polizza oltre a quella che via via risulta dall'accreditamento dei rendimenti della gestione separata in cui sono investiti i premi, cosicché sull'assicurato finisce per gravare il rischio del rendimento della riserva ma non la perdita del capitale, in altri casi si realizza una vera e propria trasposizione del rischio dell'assicuratore all'assicurato. Come nelle polizze United Linked o Index Linked.

In questi contratti, diversamente da quanto avviene nelle polizze rivalutabili, dove è garantita la somma indicata in polizza, le prestazioni dell'assicuratore variano in funzione delle fluttuazioni del valore delle quote o dell'indice, così esponendo l'assicurato al rischio dell'integrale perdita del capitale e sollevando correlativamente da tale rischio l'assicuratore. Per la verità, alcune polizze united linked sono temperate dall'assunzione da parte dell'assicuratore di un risultato minimo garantito, di solito l'intero capitale e molto spesso un rendimento minimo.

7. L'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile<sup>[24]</sup> derivante dalla circolazione dei veicoli a motori e dei natanti.

a) Profili generali ed obblighi di informativa e trasparenza.

Proprio in ragione della sua evidente diffusione ci pare opportuno esaminare, sia pur sinteticamente, l'assicurazione obbligatoria in favore delle vetture (e dei motocicli) e dei natanti contro il rischio derivante dal loro utilizzo<sup>[25]</sup> (RCA).

Scopo principale della legge è quello di garantire il risarcimento dei danni causati dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti. A tal proposito sono stati introdotti i seguenti criteri: 1) obbligo di assicurazione da parte di chi ponga in circolazione un veicolo a motore (autoveicolo o motociclo) o un natante di stazza lorda alle 25 tonnellate munito di motore di potenza superiore ai 3 HP ( art. 122 e 123 Cod. Ass.); 2) azione diretta e diritto autonomo del terzo danneggiato nei confronti dell'assicuratore per il risarcimento del danno; 3) costituzione del Fondo di garanzia per le vittime della strada, destinato a risarcire i danni non indennizzabili mediante l'assicurazione.

L'obbligo sub 1 ricade non solo sul proprietario, ma anche sull'usufruttuario, sull'utilizzatore in caso di leasing, sull'acquirente nel caso di vendita con patto di riservato dominio, sul dipendente per la vettura di servizio e, comunque, chiunque lo conduca su una pubblica via<sup>[26]</sup>. L'assicuratore deve essere un'impresa autorizzata all'esercizio di questo specifico ramo e, stante l'obbligo di assicurazione imposto dalla legge, non può rifiutarsi di contrarre (art. 132 Cod. Ass.). È vietato subordinare (cd divieto di abbinamento) la conclusione del contratto alla conclusione di ulteriori contratti, sia di carattere assicurativo, che bancario o finanziario, salvo che il "pacchetto" non sia in alternativa ad un'offerta individuale del contratto r.c. auto (art. 170 Cod. Ass.)<sup>[27]</sup>.

L'assicuratore deve rilasciare contestualmente alla polizza il certificato di assicurazione, dal quale risulti il periodo di assicurazione per il quale sono stati pagati

il premio o la rata di premio, e un contrassegno recante il numero di targa del veicolo e la data di scadenza del periodo di assicurazione per cui il certificato è valido (Reg. ISVAP del 06 febbraio 2008 n. 13, che stabilisce le caratteristiche ed il contenuto del certificato di assicurazione e del contrassegno: artt. 6-9).

Il conducente deve avere con sé il certificato al fine di comprovare l'assolvimento dell'obbligo, mentre il contrassegno deve essere applicato sul veicolo al fine di permettere la verifica anche in assenza del conducente (art. 127 Cod. Ass.).

L'assicurazione è obbligatoria anche per i veicoli e natanti immatricolati in Stati esteri per la durata della permanenza nel territorio italiano (art. 125 Cod. Ass.).

Al fine di assicurare una maggiore informativa e trasparenza dei contenuti contrattuali e dei premi praticati, le imprese sono tenute a mettere a disposizione del pubblico, sia presso ogni punto vendita, sia nei propri siti internet (Reg. ISVAP del 09 maggio 2008 n. 23): 1) documenti precontrattuali; le condizioni generali e speciali di polizza; 3) il servizio gratuito di rilascio del preventivo personalizzato.

Inoltre gli intermediari devono mettere a disposizione del pubblico l'informativa riguardante le imprese di cui offrono i prodotti ed i livelli provvigionali percepiti, consegnandolo al contraente prima della sottoscrizione del contratto.

b) Contenuto del contratto.

L'oggetto del contratto è la responsabilità civile verso i terzi, sia per danni alle persone che per danni alle cose, prevista dall'art. 2054 cc, nonché per i danni alle persone trasportate a qualunque titolo (art. 122, 1 e 2 comma Cod. Ass.). I massimali minimi sono stabiliti con regolamento adottato dal Ministero delle Attività Produttive su proposta dell'ISVAP (art. 128 Cod. Ass.)<sup>[28]</sup>.

Gli aventi diritto alla prestazione sono i terzi danneggiati dall'assicurato a seguito di sinistro stradale (o marittimo) provocato dall'assicurato stesso. La copertura assicurativa è esclusa invece nei confronti del conducente del veicolo responsabile del sinistro (art. 129, 1 Cod. Ass.), nonché relativamente ai danni alle cose, nei confronti del proprietario del veicolo responsabile del sinistro (ovvero del soggetto obbligato all'assicurazione). Nell'assicurazione è compresa anche l'ipotesi del dolo; però in questo caso l'assicuratore ha diritto di rivalsa nei confronti dell'assicurato. La rivalsa può essere esercitata dall'assicuratore in qualunque caso in cui avrebbe avuto contrattualmente diritto a rifiutare o ridurre la prestazione (ad es. nel caso di auto danneggiante condotta da persona sprovvista di patente di guida (art. 144, comma secondo Cod. Ass.).

L'assicurazione non ha effetto nel caso in cui il veicolo sia posto in circolazione contro la volontà del proprietario (o avente diritto) dal giorno successivo alla denuncia presentata all'autorità di pubblica sicurezza (es. in caso di auto rubata) (art. 122, 3 Cod. Ass.). In questo caso peraltro, in deroga a quanto disposto dall'art. 1896 cc, l'assicurato ha diritto alla restituzione della parte del premio corrisposto per il periodo residuo sino alla scadenza.

Due sono le formule tariffarie previste per questo tipo di contratto.

La prima è la cosiddetta bonus-malus, in virtù della quale il premio varia ad ogni scadenza annuale in aumento o in diminuzione, in relazione al verificarsi di incidenti

nel periodo precedente, onde l'assicurato è collocato in una classe di merito soggetta a variazione annuale (art. 133, 1 Cod. Ass.). In funzione di questo meccanismo l'assicuratore deve consegnare, in prossimità di ogni scadenza annuale, all'assicurato una "attestazione sullo stato del rischio" ove è indicata appunto la classe di merito dell'assicurato stesso. L'attestato è necessario qualora l'assicurato voglia mutare assicuratore per lo stesso veicolo[29]. La seconda formula è quella che prevede l'applicazione di franchigie ossia di un importo fisso e predeterminato, che di solito resta a carico dell'assicurato o che l'assicurato si impegna a corrispondere all'assicuratore dopo che questi ha risarcito il danno (art. 133, 1 Cod. Ass.). Sono tuttavia possibili formule miste (art. 133 Cod. Ass.).

L'assicurato può recedere (art. 172 Cod. Ass.), in caso di variazioni tariffarie superiori al tasso programmato di inflazione, con comunicazione (a mano o raccomandata o a mezzo telefax) all'assicuratore o all'intermediario, presso il quale il contratto è stato stipulato, entro il giorno di scadenza del contratto. Questo anche se il contratto prevede il rinnovo automatico salvo disdetta da comunicare entro un termine stabilito dalla scadenza, che non può essere superiore a 15 giorni (art. 172, 2 Cod. Ass.)[30].

Nel caso di trasferimento[31] del veicolo o del natante l'assicurato può (art. 171 Cod. Ass. e art. 10 DM 01 aprile 2008 n. 86): a) risolvere il contratto, con diritto alla restituzione della parte del premio relativo al periodo residuo, b) cedere il contratto all'acquirente; c) trasferire il contratto su altro veicolo o natante.

c) Risarcimento del danno: 1. azione di risarcimento

Il Codice delle assicurazioni prevede due procedure per il risarcimento del danno, la prima per il risarcimento da parte dell'assicuratore della responsabilità civile del responsabile, la seconda per il risarcimento da parte dell'assicuratore civile del danneggiato (cd sistema di risarcimento diretto).

Il sistema di risarcimento diretto[32] si applica in caso di sinistro tra due veicoli identificati ed assicurati per la responsabilità civile obbligatoria, dal quale siano derivati danni ai veicoli coinvolti o ai loro conducenti. In questo caso il danneggiato deve richiedere il risarcimento all'assicuratore del veicolo da lui utilizzato (art. 149 Cod. Ass.). La procedura riguarda i danni al veicolo e i danni alle cose trasportate di proprietà dell'assicurato o del conducente, nonché il danno alla persona subito dal conducente non responsabile, ma, in questo caso, il danno biologico deve riguardare la categoria delle lesioni di lieve entità.

Il sistema, inoltre, non si applica alle imprese con sede legale in altri Stati membri, salvo che le medesime non vi abbiano aderito (art. 150 Cod. Ass.). L'assicuratore del danneggiato ha diritto di recuperare dall'assicuratore del responsabile, non quanto effettivamente corrisposto, ma un importo prefissato, stabilito annualmente da un Comitato tecnico istituito presso il Ministero dello sviluppo economico sulla base dei costi medi dei risarcimenti corrisposti nell'esercizio precedente (art. 13 DPR 18 luglio 2006 n. 254). Pertanto l'importo recuperato dall'impresa del danneggiato può essere anche superiore o inferiore all'indennizzo corrisposto. Il danneggiato che ha accettato

la somma offerta dall'assicuratore diretto deve rilasciare quietanza liberatoria valida anche nei confronti del responsabile del sinistro e della sua impresa di assicurazione. Qualora il danneggiato non accetti la somma offerta dal proprio assicuratore ovvero quest'ultimo rifiuti il risarcimento, l'azione deve necessariamente essere proposta nei confronti di quest'ultimo. Quando non ricorrono i presupposti di cui all'art. 149 Cod. Ass. la richiesta di risarcimento effettuata mediante lettera raccomandata a/r deve essere rivolta all'assicuratore del veicolo responsabile (art. 148 Cod. Ass.).

L'assicuratore deve offrire al danneggiato una somma congrua rispetto all'entità del danno entro 60 giorni (ridotti a 30 se la denuncia del sinistro è firmata da entrambe le parti) dalla richiesta del risarcimento, per i sinistri con soli danni a cose, ed entro 90 giorni, per i sinistri con danni alla persona, oppure, nello stesso termine, deve comunicare i motivi per i quali non ritenga di fare l'offerta. Se la richiesta è incompleta, le necessarie integrazioni devono essere richieste entro 30 giorni. In quest'ultimo caso il termine per la comunicazione dell'offerta o del diniego dell'offerta inizia a decorrere dal ricevimento delle integrazioni. Entro 15 giorni dall'accettazione dell'offerta, l'assicuratore deve comunque provvedere al pagamento della somma offerta. Il pagamento della somma offerta deve essere effettuato nel medesimo termine anche se il danneggiato rifiuta l'offerta dell'assicuratore ovvero non fa pervenire alcuna risposta all'assicuratore. Se durante il giudizio (civile o penale), il danneggiato viene a trovarsi in stato di bisogno a causa del sinistro (ad esempio perché temporaneamente non abile al lavoro), il giudice, se da un sommario accertamento risultano gravi elementi di responsabilità a carico dell'assicurato responsabile del sinistro, può concedere una somma, a titolo di provvisionale, in suo favore, con ordinanza non revocabile nella misura dei 4/5 della somma presumibilmente liquidabile in sentenza, da imputare alla liquidazione definitiva (art. 147 Cod. Ass.).

Nel caso in cui vi sono più persone danneggiate nello stesso sinistro ed il massimale non è sufficiente a coprire interamente la somma dei risarcimenti dovuti, l'importo del risarcimento spettante a ciascun danneggiato è ridotto proporzionalmente (art. 140 Cod. Ass.), ferma restando la responsabilità solidale ed illimitata del danneggiante.

## 2. Il Fondo di Garanzia per le vittime della Strada.

Al fine di vanificare le finalità della legge ogniquale volta non sia stato rispettato l'obbligo di assicurazione o il sinistro sia stato causato da un veicolo (o natante) non identificato, è costituito il Fondo di garanzia per le vittime della strada. La sua funzione è quella di provvedere al risarcimento dei danni causati: a) da veicoli o natanti non identificati; b) da veicoli o natanti non coperti di assicurazione; c) da veicoli o natanti assicurati presso imprese che, al momento del sinistro, si trovino in stato di liquidazione coatta o vi vengono poste successivamente; d) da veicoli posti in circolazione contro la volontà del proprietario (art. 283 Cod. Ass.). Se il sinistro è causato da veicolo non identificato, è risarcito solo il danno alle persone; se il sinistro è causato da veicolo o natante non coperto di assicurazione o assicurato presso impresa in liquidazione coatta amministrativa, sono risarciti anche i danni alle cose, ma nel primo caso con una franchigia assoluta pari ad € 500,00; Nel caso sub d) il risarcimento è dovuto solo ai terzi non trasportati o trasportati contro la loro volontà o

inconsapevoli della circolazione illegale. Il risarcimento è sempre dovuto nei limiti dei massimali minimi previsti dall'art. 128 Cod. Ass. I danni sono liquidati, per conto del Fondo di Garanzia, dall'impresa designata dall'ISVAP a norma dell'art. 286 Cod. Ass.

[1] La nozione del codice è alla base dell'annoso dibattito sulla funzione (e quindi la causa) del contratto di assicurazione. Il dibattito nasce dalla ricerca di una funzione unitaria idonea a ricomprendere tutte le specie di assicurazione riconducibili alla definizione codicistica. Le teorie proposte possono essere ricondotte a due indirizzi fondamentali. Il primo è la cosiddetta teoria indennitaria, la cui funzione può rappresentarsi nell'obbligo dell'assicuratore di pagare un'indennità solo se si verificherà il sinistro dedotto in contratto e solo nell'effettiva misura del danno patrimoniale conseguente al sinistro. Il successivo riconoscimento e la progressiva diffusione dell'assicurazione sulla vita, nella quale gli eventi morte e sopravvivenza non possono essere ricondotti al concetto di danno, misero in crisi la ricostruzione appena descritta, almeno nell'ottica di una riconduzione ad unità di entrambe le figure contrattuali. Venne allora elaborata la teoria del "bisogno eventuale", con la quale si sostituì al concetto di danno il concetto appunto di bisogno eventuale, ponendosi l'accento sulla circostanza che il bisogno economico futuro non deve necessariamente verificarsi, ma è sufficiente che sia prevedibile al momento della stipulazione del contratto. Si venne ad esaltare la funzione previdenziale del contratto di assicurazione, avvicinandosi all'essenza dell'assicurazione sulla vita piuttosto che a quella contro i danni. Occorre, però, ribadire che tutte le teorie che hanno cercato la unitarietà del concetto di contratto di assicurazione sono sempre restate insoddisfacenti a causa della inconciliabile diversità del rischio nell'assicurazione sulla vita ed in quella contro i danni, e della conseguente diversa disciplina dei due tipi. La unitarietà della definizione di cui all'art. 1882 cc è in realtà un espediente, reso palese dalla formula binaria delle prestazioni dovute dall'assicuratore. Il legislatore ha individuato il contratto sulla base delle prestazioni delle parti, perché è attraverso la loro combinazione che si risale alla funzione, e cioè, alla causa del contratto. Per approfondimenti sul punto si rinvia a L. Farenga, *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2010, pag. 149 e ss; A. Donati-G. Volpe Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2009, pag. 111 e ss.; G. Giannelli, "Assicurazione (contratto di)", in *Il diritto*, Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore, Bergamo, 2007, pag. 1 e ss.; T. Ascarelli, "Elisir di lunga vita e interesse nell'assicurazione" in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, pag. 439; Id., "Sul concetto unitario del contratto di assicurazione", in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, pag. 353; L. Buttaro, "Assicurazione (contratto di)" in *Enc. Dir.*, vol. III, Milano, 1958, pag. 455.

[2] Per un esame di questa tesi v. M. Rossetti, "Caratteri generali del contratto di assicurazione", in *Giur. Sist. Civ. Comm*, Vol. I, Torino, 2006, pag. 793.

[3] Vfr. Cass. Civ. 10 aprile 2002, n. 5119, in *Assicurazioni*, 2/2002, II, pag. 105.

[4] La Suprema Corte ha precisato che la causa del contratto di assicurazione privata consiste nel trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore e, pertanto è indubbio che il rischio stesso debba preesistere alla stipula del contratto, pena la sua nullità. Quello che, invece, deve essere successivo alla conclusione di siffatto contratto, e sempre al fine di evitare la configurabilità della sua nullità per essersi l'eventualità di un fatto sfavorevole (nel quale consiste, appunto, il rischio) già verificata, è l'evento. Peraltro, nelle assicurazioni private è consentito alle parti convenire la copertura di aggravamenti di malattie preesistenti, che, nel momento in cui si realizzano e vengono accertati, configurano l'evento protetto che legittima l'avente diritto che ne sia stato colpito all'ottenimento dell'indennizzo previsto dalla polizza stipulata (Cass. Civ. Sezione Lavoro civile, Sentenza 22 dicembre 2006, n. 27458).

[5] Così L. Buttarò, "Assicurazione (contratto di)" in Enc. Dir., Vol. III, Milano, pag. 463; A. Gambino, "Assicurazione, il Contratto di assicurazione: profili generali", in Enc. Giur. Treccani, Vol IX, Roma, 1988, pag. 3; N. Gasperoni, "Contratto di assicurazione (in generale)", in Noviss. D.I., Vol IV, Torino, 1959, pag. 589.

[6] Dalla giurisprudenza è stato considerato aggravamento del rischio anche lo smarrimento di chiavi di accesso al locale: In tema di richiesta di indennizzo da parte dell'assicurato alla compagnia assicuratrice in conseguenza di un furto subito, la domanda deve essere rigettata nel caso in cui la condotta della società attrice integri quella colpa grave che, ai sensi dell'art. 1900 c.c. e dell'art. 28 lettera c) delle condizioni di polizza, è esclusa dalla copertura assicurativa. Invero, nella specie, il precedente furto delle chiavi di accesso e dell'antifurto dei locali ha comportato un aggravamento del rischio di furto, aggravamento che, sia ai sensi dell'art. 1898 c.c. sia ai sensi dell'art. 4 delle condizioni di assicurazioni, avrebbe dovuto essere portato a conoscenza della Compagnia, pena la perdita totale o parziale del diritto all'indennizzo nonché la stessa cessazione dell'assicurazione ai sensi dell'art. 1898 c.c. (Tribunale di Monza, Sezione I civile, Sentenza 16 febbraio 2006).

[7] Altri documenti contrattuali possono essere: a) l'appendice di polizza, contenente eventuali clausole modificative o integrative delle condizioni generali e speciali di polizza; b) il certificato di assicurazione, documento che contiene gli estremi del contratto di assicurazione e serve a documentarne l'esistenza in talune ipotesi particolari (ad esempio, nel caso dell'assicurazione obbligatoria contro la rca art. 127 codice delle assicurazioni).

[8] In merito alla competenza territoriale in caso di azione da parte dell'assicuratore per il recupero del premio non pagato occorre ricordare che in merito all'azione giudiziale promossa dalla società assicuratrice al fine di veder condannare il convenuto al pagamento del premio di assicurazione scaduto, deve respingersi l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata da quest'ultimo che ritenga competente a decidere sulla questione il giudice di pace del luogo in cui egli risiede e non invece

quello adito dal creditore e sito nel luogo di sua residenza. In tema di obbligazioni pecuniarie, la scelta del giudice territorialmente competente, viene effettuata dall'attore prescindendo dalla fondatezza della domanda; e così, accanto al foro generale delle persone fisiche o delle persone giuridiche, il legislatore prevede dei fori speciali, alternativi o concorrenti tra loro quali: il luogo in cui è sorta l'obbligazione ovvero quello in cui deve eseguirsi. Nel caso di specie l'azione promossa, avente a oggetto il pagamento di una somma di denaro convenzionalmente prestabilita, trova applicazione l'articolo 1182, comma 3, del C.c., a norma del quale essa deve eseguirsi al domicilio del creditore al tempo della scadenza con conseguente affermazione della competenza territoriale del giudice di pace del luogo dell'adempimento (Giudice di Pace Milano Sezione 10 Civile Sentenza del 1 giugno 2009, n. 14578). È chiaro che se l'assicurato fosse un consumatore allora troverebbe applicazione l'art. 33, lett. u del Codice del Consumo, secondo cui si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole contrattuali che stabiliscono come sede del foro competente sulle controversie (tra consumatori e professionisti) località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore.

[9] Secondo la giurisprudenza la quota del premio dovrà essere interamente pagata. Infatti, il mancato pagamento dell'intero premio comporta in ogni caso la sospensione della copertura assicurativa ai sensi dell'art. 1901 cod. civ., non operando come momento perfezionativo del contratto il criterio dell'incontro delle volontà di entrambi i contraenti stabilito negli art. 1326 e 1335 cod. civ. ma, esclusivamente l'esatto adempimento all'obbligo di versamento del premio. (Nella specie la S.C. non ha ritenuto operante la copertura assicurativa in caso di versamento di una parte del premio seguita dalla stipula del contratto, in mancanza del saldo alla scadenza prevista). (così Corte di Cassazione, Sezione III civile, Sentenza 31 gennaio 2008, n. 2390).

[10] Occorre ricordare che in tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli, se l'assicurato non paga il premio (pattuito in un'unica soluzione) o la prima rata di esso, la sospensione della copertura assicurativa che si produce tra le parti del rapporto negoziale ai sensi del primo comma dell'art. 1901 cod. civ. non è opponibile al terzo danneggiato e la copertura assicurativa rimane operante per tutto il periodo di tempo indicato nel certificato o contrassegno assicurativo mentre nel caso in cui non sia pagata la seconda o non siano state corrisposte le rate successive di premio, così come previsto dall'art. 1901 comma secondo, cod. civ., la sospensione della copertura assicurativa è opponibile al terzo danneggiato (cfr. Cass. Civ. Sezione III civile, Sentenza 08 novembre 2007, n. 23313).

[11] L'assicurazione assistenza è definita dalla legge come "il contratto con il quale l'impresa di assicurazione, verso il pagamento di un premio, si impegna a fornire all'assicurato una prestazione di immediato aiuto entro i limiti convenuti nel contratto, nel caso in cui l'assicurato stesso si trovi in una situazione di difficoltà al

seguito del verificarsi di un evento fortuito” (art. 175 comma 1 del Codice delle Assicurazioni).

[12] Definita dalla legge come quel contratto con il quale “l’impresa di assicurazione, verso pagamento di un premio, si obbliga a prendere a carico le spese legali e peritali o a fornire prestazioni di altra natura, occorrenti all’assicurato per la difesa dei suoi interessi in sede giudiziale, in ogni tipo di procedimento, o in sede extragiudiziale, soprattutto allo scopo di conseguire il risarcimento di danni subiti o per difendersi contro la domanda di risarcimento avanzata nei suoi confronti, purché non proposta dall’impresa che presta copertura assicurativa di tutela legale” (art. 174, comma 1 del Codice delle Assicurazioni).

[13] L’infortunio, nella definizione delle polizze, è ogni evento dovuto a causa fortuita, violenta ed esterna che produce lesioni corporali obiettivamente constatabili che abbiano come conseguenza la morte, una invalidità permanente o una inabilità temporanea dell’assicurato.

[14] La malattia, nella definizione delle polizze, è intesa come ogni alterazione dello stato di salute dell’assicurato non dipendente da infortunio.

[15] Per profitto sperato si intende qualsiasi aspettativa economica che venga meno per effetto del danno alla cosa assicurata; quindi non solo la perdita di redditi certi (come i canoni di affitto di un immobile già locato), ma anche la mancata realizzazione di redditi probabili (ad. es. utili).

[16] Cfr Cass. Civ. 12880 del 04 settembre 2003 Giur. It., 2004, 10, pag. 1857, con nota di E. Battelli; Trib. di Nola sent. 18 settembre 2008, Giur. di Merito, 2009, 6, pag. 1559.

[17] Cfr. Corte di Appello di Genova, sentenza 13 febbraio 2007, Obbligazioni e Contratti, 2007, 7, pag. 650; Trib. di Roma, sentenza 14 febbraio 2005 n. 5686, inedita; Giudice di Pace di Ancona sentenza 24 febbraio 2003, Foro Italiano, 2004, I, pag. 307, pt. I.

[18] Secondo L. Farenga “All’assicurazione sulla vita è dunque estraneo il concetto di danno in senso tecnico, trattandosi di operazione di carattere previdenziale” (così in Diritto delle assicurazioni private, Torino, 2009, pag. 282)

[19] Alcune polizze, nella prassi, prevedono, di regola, la possibilità di ripristinare l’efficacia del contratto con il pagamento dei premi arretrati, aumentati degli interessi legali, entro un determinato periodo di tempo dalla scadenza del premio che è rimasto insoluto (cd. clausola di riattivazione).

[20] Alcuni autori hanno ritenuto che la ratio che ha ispirato l'art. 176 consiste nel voler dettare una disciplina finalizzata a proteggere la posizione dell'assicurato, che si trova in una situazione di disparità rispetto all'assicuratore, in linea con quanto stabilito dall'art. 177 in punto di diritto di recesso (così Corrias, in *Il nuovo codice delle assicurazioni*, Commentario Amorosino-Desiderio, pag. 345; in tal senso anche Ciancio in *Alpa*, *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, 2, pag. 893 e ss).

[21] È opinione condivisa in dottrina che il fondamento dell'attribuzione del diritto di recesso assolve ad una funzione di protezione dell'assicurato; l'assicurato, infatti, si colloca in una posizione di svantaggio rispetto all'impresa di assicurazione, dotata di maggiori informazioni tecniche e di strumenti in grado di persuadere l'assicurato a contrarre, e tale squilibrio è tanto più sentito in un settore delicato come quello delle assicurazioni sulla vita, in cui il contraente risente di una scarsa informazione, accentuata dalla complessità che investe i prodotti assicurativi sulla vita (in tal senso Cappai, in *Commentario Capriglione*, Vol II, 2, par. 126).

[22] Il termine "attività" è così ampio da comprendere non solo ogni tipo di attività lavorativa, ma anche ogni occupazione, hobby o abitudine (così A. Donati e G. Volpe Putzolu in *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2009, pag. 200).

[23] A. GAMBINO, "Le linee di frontiera tra operazioni di assicurazione e bancarie e nuove forme tecniche dell'assicurazione mista sulla vita a premio unico", in *Assicurazioni*, 1993, I, pag. 160 e ss; L. BUGIOLACCHI, *La disciplina del contratto*, in *Giur. Sist. Civ. Comm.* (fondata da) W. BIGIAMI, Vol III, 2006, pag. 2601 e ss.; E. SABATELLI, *I prodotti misti assicurativo-finanziari*, in *Banche e assicurazioni fra cooperazione e concorrenza* (a cura di) A. PATRONI GRIFFI-M. RICOLFI, Milano, 1997, pag. 110.

[24] Le assicurazioni obbligatorie sono caratterizzate dall'obbligo di contrarre posto dalla legge a carico di determinati soggetti. I soggetti esposti al rischio sono rappresentati da una collettività indeterminata di soggetti. Ecco alcuni esempi: L. 31 dicembre 1962 n. 1860 (art. 22) sulla gestione di impianti nucleari e sul trasporto di sostanze nucleari; DPR 27 marzo 1969 n. 130 (art. 29) per la responsabilità degli enti ospedalieri e del loro personale; art. VII convenzione internazionale sulla responsabilità civile per i danni derivanti da inquinamento da idrocarburi di Bruxelles 29 novembre 1969, ratificata in Italia con legge 06 aprile 1977 n. 185 e norme di attuazione di cui al DPR 27 maggio 1978 n. 504; L. 22 febbraio 2006 n. 128 (art. 16) sull'installazione e l'esercizio degli impianti di riempimento, travaso e deposito di GPL, e sull'esercizio dell'attività di distribuzione e vendita di GPL in recipienti; L. 11 febbraio 1992 n. 157 (art. 12, comma 8) sull'esercizio dell'attività venatoria.

[25] La disciplina (emanata in attuazione della convenzione europea di Strasburgo del 1959) venne introdotta con la L. 24 dicembre 1969 n. 990 come modificata ed

integrata dal DL 23 dicembre 1976 n. 857 convertito in L. 22 febbraio 1977 n. 39 e successive modifiche, nonché nel regolamento di esecuzione di cui al DPR 24 novembre 1970 n. 973 come modificato dal DPR 16 gennaio 1981 n. 45. Infine il Codice delle Assicurazioni (DLgs 7 settembre 2005 n. 209) ha riscritto completamente la disciplina introducendo alcune importanti innovazioni.

[26] La legge prevede sanzioni pecuniarie in caso di violazione dell'obbligo (art. 193 Cod. della Strada).

[27] La norma non indica quale sia la conseguenza dell'inadempimento: conseguenza che dovrebbe inerire al solo contratto abbinato, salvaguardando quello principale; sembra preferibile scegliere l'ipotesi della nullità in quanto il contratto abbinato verrebbe a sorgere in regime di contrarietà ad una norma imperativa. Per l'impresa che contravviene al divieto di abbinamento viene in rilievo l'art. 314, comma 3 Cod. Ass., che sanziona il rifiuto o l'elusione dell'obbligo a contrarre e la contravvenzione al divieto di abbinamento, il quale punisce la violazione del divieto di cui all'art. 170 con una sanzione amministrativa pecuniaria.

[28] La norma attualmente in vigore (Dpr 19 aprile 1993) dispone che, per quanto riguarda i motoveicoli e le autovetture, l'assicurazione deve essere stipulata per un importo non inferiore a 774.685,35 euro (1.500.000 delle vecchie lire) per ogni sinistro, indipendentemente dal numero delle vittime, somma decisamente inadeguata, tenuto conto, in particolare, dei criteri di liquidazione dei danni alla persona adottati dai nostri tribunali e della gravità degli incidenti che quotidianamente si verificano sulle nostre strade. Anche per la soluzione di questo importante problema, la legislazione comunitaria ha svolto un ruolo determinante nella evoluzione della normativa dei Paesi membri e nell'adeguamento di tale normativa alle effettive esigenze. La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, numero 2005/14/Ce, adottata il 18 aprile 2005, ha disposto, infatti, che la copertura assicurativa rc auto per i danni alla persona deve essere stipulata per un massimale minimo di 1.000.000 di euro per ciascuna vittima o, in alternativa, di 5.000.000 di euro per sinistro, indipendentemente dal numero delle vittime: la scelta definitiva è demandata alle legislazioni nazionali di recepimento. Per i danni alle cose è previsto un massimale minimo di 1.000.000 di euro per sinistro, indipendentemente dal numero dei danneggiati. Questi importi saranno soggetti a revisione ogni cinque anni per tenere conto delle variazioni dell'indice europeo dei prezzi al consumo (Ipce). La direttiva ha fatto salvi gli importi di copertura più elevati eventualmente previsti dalle singole legislazioni nazionali e ha concesso agli Stati membri un periodo transitorio fino a cinque anni, entro il quale i massimali minimi di copertura attualmente in vigore nei singoli Stati debbono essere adeguati agli importi innanzi indicati. Gli Stati membri dovranno notificare la durata prescelta di questo periodo transitorio alla Commissione, che ne darà comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio e provvederà alla relativa pubblicazione nella «Gazzetta Ufficiale» dell'Unione europea. In ogni caso, entro trenta mesi dalla data di attuazione di questa direttiva, i massimali minimi obbligatori dovranno essere aumentati ad almeno la metà degli importi

innanzi indicati. La direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento con il Dlgs 6 novembre 2007, n. 198, nel pieno rispetto dei criteri di delega fissati dalla legge comunitaria 2006. La norma ha sostituito integralmente l'articolo 128 del Codice delle assicurazioni private, e ha stabilito che per l'adempimento dell'obbligo di assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, il contratto deve essere stipulato per somme non inferiori a 5.000.000 di euro per sinistro, indipendentemente dal numero delle vittime e di 1.000.000 di euro per i danni alle cose. I contratti di assicurazione attualmente in corso dovranno essere adeguati ai nuovi e maggiori valori dei massimali entro l'11 giugno 2012 (termine massimo previsto dalla direttiva); comunque, alla data dell'11 dicembre 2009 diverranno obbligatori massimali pari ad almeno la metà dei nuovi importi minimi (2,5 milioni di euro per sinistro destinato esclusivamente al risarcimento dei danni alle persone, indipendentemente dal numero delle vittime e 500.000,00 euro per sinistro per danni alle cose). La norma ha recepito anche la disposizione della direttiva relativa alla indicizzazione automatica dei nuovi massimali secondo la variazione percentuale indicata dall'indice europeo dei prezzi al consumo, con arrotondamento a un multiplo di 10.000 euro. Questo adeguamento verrà effettuato ogni cinque anni a decorrere dall'11 giugno 2012, con provvedimento del ministro dello Sviluppo economico da pubblicare nella «Gazzetta Ufficiale».

[29] In ordine al suo contenuto ed alle modalità di rilascio dell'attestato di rischio cfr. Reg. ISVAP 09 agosto 2006 n. 4.

[30] L'ultimo comma dell'art. 172 stabilisce espressamente che le disposizioni contenute nei commi precedenti possono subire deroghe esclusivamente in senso più favorevole al contraente. Tale previsione è conforme alla logica protettiva che ha guidato la formulazione del Cod. del Cons., finalizzata a porre in essere misure atte a proteggere il consumatore, contraente più debole, poiché dotato di minor potere contrattuale, rispetto alle imprese svolgenti un'attività produttiva (in tema di finalità del Codice del Consumo si veda A. Catelani, in AAVV, Codice del Consumo, Milano, 2006, pag. 3 e ss.)

[31] In tema di alienazione della cosa assicurata ex art. 1918 cc, la dottrina ha osservato che "parlando la legge di alienazione e di acquirente, vanno escluse dal campo di applicazione della norma le ipotesi di trasferimento di proprietà mortis causa" (così L. Farenga in Diritto delle assicurazioni private, Torino, 2009, pag. 170). Tale valutazione può essere estesa alla disciplina del trasferimento della proprietà in esame.

[32] Occorre ricordare che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 180/2009 ha dichiarato in maniera netta, definitiva e che non ammette repliche, una volta per tutte, la facoltatività della procedura di indennizzo (rectius: risarcimento) diretto, prevista dagli artt. 149-150 del codice delle assicurazioni (DLgs. 209/05).

**LA DISCIPLINA DEL CONTRATTO ASSICURAZIONE IN ITALIA:  
PROFILI DI ATTUALITÀ  
THE DISCIPLINE OF THE INSURANCE CONTRACT IN ITALY: THE NEW  
PROBLEMS**

**GIOVANNI BERTI DE MARINIS**

**Ricercatore di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Perugia  
giovanni.bertidemarinis@unipg.it**

**RESUMEN:** Il lavoro si propone di analizzare l'evoluzione della disciplina del contratto di assicurazione all'interno del panorama normativo italiano cercando di individuare le origini che hanno portato all'attuale assetto regolatorio. Contestualmente si evidenzia la tendenza sempre più marcata all'interno dell'ordinamento italiano ad assegnare al contratto di assicurazione non solo la realizzazione di interessi personali facenti capo ai contraenti, ma anche di interessi collettivi. Tutto ciò si manifesta all'interno delle assicurazioni obbligatorie con le quali si tenta evitare che attività particolarmente rischiose possano generare danni non risarcibili a terzi.

**PALABRAS CLAVE:** Contratto di assicurazione, Evoluzione storico-normativa, Disciplina attuale, Assicurazioni obbligatorie.

**SOMMARIO:** I. EVOLUZIONE STORICA DEL FENOMENO.– II. IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE NELLE DISPOSIZIONI NORMATIVE.– III. IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE NEL CODICE CIVILE E NELLE NORME DI SETTORE ATTUALI.– IV. L'EVOLUZIONE DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE QUALE STRUMENTO DI REALIZZAZIONE DI FUNZIONI SOCIALMENTE RILEVANTI: IL PARTICOLARE CASO DELLE ASSICURAZIONI OBBLIGATORIE PROFESSIONALI.– V. SPUNTI DI RIFLESSIONE IN TEMA DI ETEROCONFORMAZIONE DELLE POLIZZE ASSICURATIVE PER LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEGLI AVVOCATI.– VI. CONSIDERAZIONI CRITICHE SUL D.M. 22 SETTEMBRE 2016.– VII. CONCLUSIONI.- BIBLIOGRAFIA.

**I. EVOLUZIONE STORICA DEL FENOMENO.**

Appare evidente ai più il fatto che le moderne società siano con sempre maggior incisività caratterizzate dalla presenza di rischi. La complessità degli attuali sistemi economici espone tutti i soggetti alla probabilità di subire gli effetti di un evento futuro ed incerto che ha il potere di incidere sulla nostra vita<sup>1</sup>. Non è un caso che il mercato dei rischi nasca proprio in concomitanza con il crescente dinamismo del mercato e dei traffici commerciali <sup>2</sup>. Il principio per cui il rischio necessariamente ricade su colui che lo corre in prima persona, è regola che espone i soggetti ad un livello di incertezza in grado di rendere difficile la programmazione degli affari e, di conseguenza, il buon esito degli stessi. Da qui parte, quindi, l'esigenza di negoziare il rischio trasferendolo, dietro corrispettivo (il premio) <sup>3</sup>, ad un soggetto terzo che

grazie alla sua struttura patrimoniale ed organizzativa, sia in grado di metabolizzare lo stesso.

La nascita dell'assicurazione, che sostituisce forme negoziali arcaiche rappresentanti le prime embrionali figure di negoziazione di rischi<sup>4</sup>, si fa comunemente risalire al XIV sec. epoca in cui i traffici si fanno sempre più intensi e rischiosi e ci si rende conto che il rischio, come qualunque altro bene giuridicamente rilevante, può essere esso stesso oggetto di scambi, di affari e di lucro. È poi la nascita di imprese assicurative che professionalmente si occupano di assumere rischi che determina lo stabilizzarsi di modelli negoziali sempre più elaborati che, progressivamente, fuoriescono dal settore delle incertezze connesse ai possibili danni derivanti da attività economiche per abbracciare anche tipologie di rischi non professionali, facenti capo a soggetti estranei all'attività di produzione di beni o servizi e riconnessi ai normali eventi della vita siano essi positivi o negativi<sup>5</sup>.

In questo senso, non bisogna ritenere che necessariamente il "rischio" dedotto all'interno di un contratto di assicurazione riguardi un evento della vita sicuramente negativo ma potrà avere ad oggetto tutte quelle eventualità future che, ponendo il contraente di fronte ad una nuova realtà, impongono allo stesso di modificare le proprie abitudini. Si pensi, ad esempio, al contratto di assicurazione sulla vita per il caso di sopravvivenza che obbliga l'impresa di assicurazione a pagare un capitale o una rendita nell'ipotesi in cui l'assicurato sopravviva ad una certa data. L'evento futuro è, in questo caso, la sopravvivenza dell'individuo che, pur essendo una eventualità auspicabile e tutt'altro che negativa, espone però il contraente a nuove sfide (la vecchiaia, le malattie connesse all'invecchiamento, i minori introiti derivanti dalla cessazione dell'attività lavorativa, la maggiore disponibilità di tempo libero ecc.) che rendono opportuno il fatto di scaricare tale "rischio" su un soggetto terzo.

## II. IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE NELLE DISPOSIZIONI NORMATIVE.

L'evoluzione storica sommariamente sopra riportata, spiega le ragioni dell'evoluzione normativa che la disciplina del contratto di assicurazione ha avuto in Italia. La prima compiuta regolamentazione "moderna" dei contratti di assicurazione la si rinviene, infatti, nel Codice del commercio del 1865 che, agli artt. 466 ss. disciplinava tale figura negoziale tenendola però in considerazione ancora sotto l'esclusivo profilo dell'assicurazione contro i danni tarandola, peraltro, sulle problematiche attinenti i rischi inerenti il commercio marittimo che, in quell'epoca, rappresentava il mezzo principale di distribuzione di beni.

Tale aspetto lascia emergere un dato di interesse attinente la natura del contratto di assicurazione qualificabile come contratto di impresa. Questa affermazione si giustifica non solo per la collocazione della sua disciplina all'interno del Codice del commercio, ma anche per la tipologia di rischi assicurabili direttamente connessi all'esigenza di mantenere indenne il patrimonio dell'imprenditore avverso i possibili danni emergenti dall'esercizio delle attività di impresa.

Tale sistema subisce una sua prima evoluzione nel passaggio dal Codice di commercio del 1865 a quello successivo del 1882 nel quale, agli artt. 417 ss. Pur permanendo una prevalente attenzione per la disciplina del contratto di assicurazione del ramo danni, compare una prima regolamentazione delle assicurazioni del ramo vita (artt. 449 – 453) segnando, per tal via, un progressivo avvicinamento del contratto di assicurazione anche alle esigenze di natura non esclusivamente commerciale. La stessa assicurazione sul ramo danni, che nel Codice di commercio del 1865 era strutturata integralmente sulle esigenze del commercio, inizia con maggior forza ad aprirsi alla copertura di rischi propri di qualunque soggetto attribuendo all'impresa di assicurazione un ruolo diverso e più ampio.

Parallelamente alla legislazione commerciale, il Codice civile del 1865 allora vigente conosceva il contratto di assicurazione menzionandolo all'art. 1102 quale esempio di contratto aleatorio<sup>6</sup> esimendosi, però, dal prevederne una pur minima disciplina che rimaneva integralmente contenuta, come detto, nel coevo Codice del commercio<sup>7</sup>. L'evoluzione sopra descritta culmina con l'unificazione del Codice del commercio e del Codice civile in un unico corpo normativo<sup>8</sup>. Il "nuovo" codice civile, emanato nel 1942, determina infatti un importante passaggio normativo che porta l'intero sistema delle norme di diritto commerciale nel seno del codice civile<sup>9</sup>. Mentre le norme sull'impresa e sul lavoro andarono a confluire all'interno del Libro V, la disciplina di alcuni dei contratti prima disciplinati dal Codice di commercio andarono ad integrare il Libro IV del codice civile italiano. Tale è la sorte che toccò al contratto di assicurazione il quale trova la sua attuale disciplina proprio nel Codice civile agli artt. 1882 ss.

### III. IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE NEL CODICE CIVILE E NELLE NORME DI SETTORE ATTUALI.

Come anticipato al paragrafo precedente, l'evoluzione normativa relativa al contratto di assicurazione lo ha portato a collocarsi nell'ambito delle leggi civili che, allo stato attuale, affiancano ad una disciplina generale di tale forma negoziale astrattamente riferibile tanto alle assicurazioni del ramo danni quanto a quelle del ramo vita (artt. 1882 – 1903), sezioni specificamente dedicate alla regolamentazione delle polizze danni (artt. 1904 – 1918) e di quelle vita (artt. 1919 – 1927).

Ciò che spicca all'attenzione dell'interprete è, nonostante la successiva ripartizione in rami assicurativi, la definizione unitaria di contratto di assicurazione<sup>10</sup> che l'art. 1882 c.c. qualifica come "il contratto col quale l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana"<sup>11</sup>. Una unitarietà della definizione che si riflette sull'altrettanto inscindibile collegamento fra contratto di assicurazione ed attività assicurativa tale che il primo non può assolutamente essere letto in maniera disgiunta rispetto alla complessiva operazione posta in essere da parte dell'assicuratore e volta a neutralizzare il rischio<sup>12</sup>.

Quello che emerge dalle disposizioni codicistiche che, in generale, si occupano di contratto di assicurazione è, dunque, l'immagine di una fattispecie aleatoria

causalmente unitaria – pur se articolata in assicurazioni appartenenti al ramo vita ed assicurazioni rientranti nel ramo danni – attraverso la quale l'assicurato paga un premio per acquistare la sicurezza di annullare o ridurre un rischio futuro ed incerto<sup>13</sup>. Va tuttavia segnalato come dal punto di vista normativo la disciplina del contratto di assicurazione sembra ormai essere cristallizzata nelle disposizioni codicistiche non rinvenendosi interventi organici volti ad attualizzare il diritto delle assicurazioni sul piano squisitamente negoziale.

Unico momento di possibile rottura di tale situazione di stasi si rinvenne nella prima bozza del Codice delle assicurazioni private<sup>14</sup> del 2003 che prevedeva -oltre al riordino delle disposizioni relative all'impresa di assicurazione, alla vigilanza in ambito assicurativo e all'intermediazione assicurativa-, la espunzione delle disposizioni contenute nel codice civile relative al contratto di assicurazione per trasportarle nel nuovo testo normativo. L'idea di fondo del legislatore del 2003 era, quindi, quella di creare un corpo normativo completo nel quale rintracciare l'intera regolamentazione del fenomeno assicurativo sia per quanto concerne la disciplina del mercato che quella più marcatamente privatistica<sup>15</sup>.

Tale tentativo, soprattutto per le critiche provenienti da una parte della dottrina<sup>16</sup>, è però naufragato portando all'emanazione del d.lg. 7 settembre 2005, n. 209 (il c.d. codice delle assicurazioni private)<sup>17</sup> che reca in sé quasi esclusivamente la disciplina del mercato assicurativo (requisiti patrimoniali, strutturali, di governance) e dell'intermediazione<sup>18</sup>. Quanto poco sopra affermato non deve però far pensare che il diritto delle assicurazioni sia materia poco dinamica. Dal punto di vista legislativo, soprattutto attraverso l'impulso del legislatore comunitario, numerose sono le recenti riforme di sistema già attuate dal nostro ordinamento o da attuare in tempi molto prossimi.

Tali novità normative – che, come accennato, non riguardano il contratto – hanno invece ad oggetto, in primo luogo, il mercato assicurativo attraverso il recepimento della direttiva 2009/138/CE (c.d. Solvency II) con d.lg. 12 maggio 2015, n. 74 che ha profondamente innovato il codice delle assicurazioni in relazione alla disciplina dell'impresa assicurativa e dei controlli pubblici sulla stessa<sup>19</sup>. In secondo luogo, anche la disciplina dell'intermediazione assicurativa appare oggetto di una prossima e profonda riscrittura a causa del recepimento della direttiva UE/2016/97 (c.d. IDD<sup>2</sup>) e che determinerà un intervento legislativo profondo sul codice delle assicurazioni che contiene l'attuale disciplina della distribuzione dei prodotti assicurativi<sup>20</sup>.

Sotto il profilo più squisitamente negoziale, poi, non mancano interventi normativi che, pur non avendo il requisito dell'organicità e della sistematicità, si occupano – come detto - di specifici profili di particolare attualità proponendo all'interprete nuove problematiche da risolvere. Ciò su cui ci si intende, pur se brevemente, soffermare è la tendenza ormai evidente ad assegnare al sistema assicurativo non più esclusivamente la realizzazione di interessi individuali quanto, piuttosto, di esigenze di carattere generale connesse alla necessità di garantire il giusto ristoro a soggetti che, usufruendo di servizi o beni necessari ma particolarmente rischiosi, si trovino esposti al rischio di subire ingenti danni patrimoniali.

#### IV. L'EVOLUZIONE DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE QUALE STRUMENTO DI REALIZZAZIONE DI FUNZIONI SOCIALMENTE RILEVANTI: IL PARTICOLARE CASO DELLE ASSICURAZIONI OBBLIGATORIE PROFESSIONALI.

Tale mutamento di paradigma genera, però, importanti conseguenze poiché se è ormai dato consolidato il fatto che al centro dell'interesse dell'ordinamento nell'ambito delle assicurazioni volontarie vi sia la tutela del cliente assicurato, non altrettanto si può dire quando si passi a valutare i concreti e specifici interessi perseguiti nell'ambito delle assicurazioni obbligatorie.

Se nelle assicurazioni volontarie –intendendo per tali quelle nelle quali l'assicurando sceglie liberamente se concludere o meno e, nel caso, a quali condizioni– tutto il sistema normativo si incentra sulla protezione del contraente debole<sup>21</sup> imponendo al distributore del prodotto assicurativo una valutazione dell'adeguatezza dello stesso alle esigenze di protezione manifestate del cliente<sup>22</sup>, all'interno di quei segmenti di mercato nei quali si impone la conclusione di un contratto al fine di veder tutelate e non compromesse le esigenze di tutela dei terzi più che dell'assicurato, sarà proprio l'ordinamento ad assumere un ruolo determinante al fine di prevedere le caratteristiche specifiche che tali contratti di assicurazione devono possedere.

Tale fenomeno appare estremamente visibile, in Italia, nell'ambito delle assicurazioni per la responsabilità civile dei professionisti e, in particolare, nella specifica regolamentazione delle polizze assicurative degli avvocati.

In Italia, un generico obbligo per tutti i professionisti di dotarsi di una idonea copertura assicurativa per i rischi derivanti dall'attività professionale svolta è stato introdotto con l'art. 3, comma 5, lett. e) del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito con l. 14 settembre 2011, n. 148<sup>23</sup>. Se la disposizione poco sopra menzionata rappresenta un generico obbligo per tutte le professioni, per quella forense l'obbligo di assicurarsi per la responsabilità civile deriva dall'art. 12 della l. 31 dicembre 2012, n. 247 la cui efficacia è però subordinata all'emanazione da parte del Ministero della Giustizia, e sentito il Consiglio Nazionale Forense (CNF)<sup>24</sup>, di un Decreto ministeriale che fissi le condizioni essenziali di polizza<sup>25</sup>. Tale regolamentazione delegata è stata di recente emanata con D.M. 22 settembre 2016 recante "Condizioni essenziali e massimali minimi delle polizze assicurative a copertura della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato".

L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato, quindi, si pone in un più vasto panorama assicurativo che vede il legislatore particolarmente sensibile verso l'esigenza di evitare che l'esercizio di professioni particolarmente complesse possa risolversi nella causazione di danni ai destinatari delle stesse. In caso di produzione di un danno, infatti, questi potrebbero non trovare soddisfazione nel patrimonio del professionista danneggiante.

In tali circostanze, come sembra evidente, l'ordinamento ritiene necessario frapporre fra la responsabilità di un professionista e l'azione risarcitoria eventualmente intentata dal danneggiato, un soggetto (la compagnia di assicurazione) che strutturalmente e

patrimonialmente è in grado di metabolizzare il rischio attraverso il proprio patrimonio. Una necessità che, però, non è frutto di un mero capriccio ma risponde alla centrale esigenza di veder realizzati –o non veder compromessi– interessi che il sistema ritiene di dover necessariamente tutelare.

Anziché socializzare un eventuale rischio, si chiede aiuto al mercato assicurativo imponendo al possibile danneggiante di dotarsi di una idonea copertura assicurativa. Ma se così stanno le cose, è evidente come nell’ambito delle assicurazioni obbligatorie si registri un sostanziale mutamento di paradigma poiché mentre al centro dell’attenzione del mercato assicurativo “comune” vi è l’interesse dell’assicurato a realizzare integralmente le proprie esigenze assicurative<sup>26</sup>, all’interno delle assicurazioni obbligatorie acquistano invece centralità interessi altri ed ulteriori normalmente riconnessi alla tutela dei terzi eventualmente danneggiati. L’interesse dell’assicurato, pur presente, è di regola meramente recessivo. Il problema che si pone l’ordinamento, cioè, non è tanto quello di salvaguardare il patrimonio del professionista assicurato quanto, piuttosto, garantire la certezza del risarcimento agli eventuali terzi danneggiati.

È proprio in funzione di tali diversi interessi che si giustifica una sostanziale compressione dell’autonomia negoziale che si concretizza non solo sul se stipulare una polizza assicurativa, ma anche sul come questa deve essere strutturata. Ma se così stanno le cose appare evidente come il concetto di adeguatezza e di equilibrio contrattuale riferito ai contratti di assicurazione rientranti nell’ambito dei settori obbligatori debbano necessariamente ricevere una consistenza del tutto distinta e, di fatto, estremamente attenuata.

Se gli interessi da perseguire non sono più quelli singolari appartenenti ad uno specifico cliente che è parte di una infinita varietà di contraenti ma, al contrario, sono quelli generali individuati dall’ordinamento, è evidente che la valutazione di adeguatezza di una polizza venga sottratta al singolo distributore per essere assolta – erga omnes ed in astratto– da parte del regolatore.

Sarà l’ordinamento che, valutato l’interesse da perseguire e calato lo stesso nelle peculiari caratteristiche della professione considerata, imporrà la conclusione di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile e detterà le caratteristiche che lo stesso deve avere affinché possa materialmente realizzare le finalità prospettate<sup>27</sup>. In altre parole, la valutazione di adeguatezza del prodotto verrà individuata dall’alto: sarà il legislatore a conformare il contratto di assicurazione oggettivizzando ogni valutazione ed imponendola alla massa dei professionisti.

Ben inteso che, in tutto ciò, non vi è nulla di male né risulta rintracciabile, in astratto, alcun pericolo. Il concetto dell’autonomia privata quale dogma inattaccabile è ormai tramontato da tempo<sup>28</sup> in favore di concezioni dell’autonomia contrattuale che, vedendo nella stessa uno strumento di realizzazione degli interessi, ammettono che il volere dei privati, in funzione di particolari esigenze ed interessi, venga eteroregolamentato<sup>29</sup>.

Il problema, però, è chiedersi se tale eteroregolamentazione determini, nel caso di specie, una valutazione positiva in termini di adeguatezza del prodotto assicurativo

eteroconformato e di equilibrata allocazione dei diritti e dei doveri reciproci. È chiaro che qui non si possa richiedere al legislatore –che per definizione opera attraverso disposizioni generali ed astratte– una valutazione “sartoriale” delle polizze ma, questo forse sì, che quanto meno non inciampi nella logica delle “taglie uniche”. Non bisogna infatti dimenticare da un lato che comunque permane, seppur assumendo contorni recessivi, l’interesse ad ottenere una adeguata copertura da parte del professionista assicurato e, dall’altro, che tali polizze devono comunque essere calate all’interno del sistema e con lo stesso devono risultare compatibili. Sotto tale profilo, il D. M. 22 settembre 2016, come a breve si vedrà, desta qualche dubbio. Non nel senso che tutto quanto in esso previsto sia carente o errato<sup>30</sup>, ma per il fatto che alcune disposizioni dallo stesso imposte possono risultare eccessive, sovrabbondanti, inadeguate e, per certi aspetti, anche invalide.

#### V. SPUNTI DI RIFLESSIONE IN TEMA DI ETEROCONFORMAZIONE DELLE POLIZZE ASSICURATIVE PER LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEGLI AVVOCATI.

Il profilo che si intende in questa sede trattare, pur se brevemente, è quello attinente la necessaria retroattività illimitata della polizza. L’art. 2 del D.M. 22 settembre 2016, infatti, impone che tutte le polizze professionali debbano “prevedere, anche in favore degli eredi, una retroattività illimitata”<sup>31</sup>.

Una tale previsione negoziale, come pare evidente, allontana le assicurazioni sulla responsabilità civile degli avvocati dallo schema negoziale classico previsto dall’art. 1917, comma 1 del codice civile italiano per le assicurazioni contro i danni. Il dettato codicistico, infatti, prevede che in tali tipologie di assicurazioni “l’assicuratore è obbligato a tenere indenne l’assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell’assicurazione, deve pagare a un terzo”<sup>32</sup>. Stando alla lettera del codice civile, quindi, solo i danni derivanti da sinistri accaduti durante la vigenza del contratto di assicurazione possono essere oggetto di indennizzo da parte dell’assicuratore così, almeno apparentemente, escludendo che lo stesso possa essere chiamato ad indennizzare danni causalmente derivanti da sinistri accaduti precedentemente alla conclusione del contratto. legittime, anche sotto un profilo costituzionale, poiché, se è vero che l’autonomia privata gode di tutela costituzionale all’art. 41 Cost., è altrettanto indiscutibile che questa stessa norma pone quale limite all’iniziativa economica privata, la sua compatibilità con la libertà, la sicurezza e la dignità della persona. È, quindi, evidente che la funzione sociale delle assicurazioni obbligatorie, essendo orientata a finalità di tutela tanto degli assicurati che dei danneggiati, consenta e legittimi delle restrizioni all’autonomia negoziale». L’antecedente logico/normativo alla disposizione da ultimo menzionata viene comunemente rintracciato nell’art. 1895 del codice civile che sancisce la nullità del contratto di assicurazione “se il rischio non è mai esistito o se ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto”. Dall’interpretazione rigida delle disposizioni codicistiche sopra menzionate si ricavava, in estrema sintesi, la non assicurabilità di

danni derivanti da sinistri antecedenti la conclusione del contratto in quanto, in tutte quelle circostanze, il rischio – inteso come produzione di un danno quale conseguenza di una condotta –, essendosi già realizzato prima della conclusione del contratto di assicurazione aveva cessato di essere “rischio” tramutandosi in “certezza” dell’obbligo risarcitorio.

La prassi negoziale prima <sup>33</sup>, e la giurisprudenza poi, hanno però fortemente innovato tali rigidi orientamenti con l’introduzione delle c.dd. clausole claims made che, per lo meno nella loro formulazione pura, garantiscono la copertura di rischi derivanti da sinistri già verificatisi prima della conclusione del contratto così introducendo una sostanziale retroattività della copertura<sup>34</sup>.

Attraverso tali clausole, infatti, saranno oggetto di indennizzo anche i danni prodotti da condotte precedenti alla conclusione del contratto per i quali, però, la richiesta di indennizzo venga formulata nel periodo di vigenza del contratto. Tutto ciò a condizione che il fatto generatore del danno sia avvenuto entro il termine di retroattività della polizza e che il sinistro non era conosciuto né conoscibile da parte dell’assicurato al momento della conclusione del contratto.

Il profilo della validità di tali clausole è stato al centro di un fervente dibattito dottrinale e giurisprudenziale che qui sembra eccessivo riprodurre<sup>35</sup>. Basti solo far menzione, ai fini della presente trattazione, come sul punto si siano recentemente pronunciate le Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>36</sup> decretando la sostanziale ammissibilità delle clausole claims made –pur se richiamando l’interprete ad un generale obbligo di valutazione caso per caso della meritevolezza delle stesse– sdoganando, così, la possibilità di garantire retroattività alla copertura assicurativa.

Tale posizione si giustifica attraverso una interpretazione, sicuramente persuasiva, secondo la quale il “rischio” che viene ad essere preso in considerazione all’interno di tali clausole non è tanto il rischio che venga posta in essere una condotta generatrice di un danno, quanto il rischio che quel danno si sia effettivamente prodotto e che venga denunciato durante l’arco di efficacia del contratto di assicurazione. Il “rischio”, cioè, non cessa per il solo fatto che la condotta dannosa si sia già esaurita ma, al contrario, persiste ove ricorrano due condizioni: da un lato che l’assicurato non sia a conoscenza del sinistro o, legittimamente, non lo percepiva come tale e, dall’altro, che il danneggiato proceda a reclamare il risarcimento per la prima volta solo dopo la conclusione del contratto di assicurazione.

## VI. CONSIDERAZIONI CRITICHE SUL D. M. 22 SETTEMBRE 2016.

Date queste brevi ed approssimative premesse, va però valutato se nel panorama professionale nel quale ci troviamo ad operare, tale generica e tassativa imposizione della retroattività, vada a conformare adeguatamente i prodotti assicurativi o, detto in altre parole, se vada a creare regolamenti negoziali equilibrati<sup>37</sup>.

Se è vero che con il D.M. 22 settembre 2016 il regolatore ha inteso intervenire, correndo ai ripari, all’interno di un sistema composto da una molteplicità di professionisti che, per lungo tempo ed in assenza di alcun obbligo assicurativo, hanno svolto la professione di avvocato, è pur vero che il Decreto in parola è destinato ad

operare anche nel futuro che è fatto –e lo sarà sempre di più– da soggetti che iniziano ad esercitare la professione in costanza dell’obbligo assicurativo.

Ma se i danni assicurati sono, ai sensi dell’art. 1 del D.M. 22 settembre 2016, quelli derivanti dall’esercizio della professione appare evidente come imporre una copertura retroattiva –ed una conseguente ultrattività decennale– anche a quegli avvocati che si iscrivono all’Albo sotto la vigenza dell’obbligo assicurativo e che contestualmente, essendone obbligati, stipulano una polizza assicurativa sulla responsabilità civile professionale, sia una previsione che non realizza alcun vantaggio pratico ma che, anzi, appare foriera di trattamenti ingiustificatamente deteriori. La retroattività, come pure l’ultrattività, hanno un costo che si giustifica solo se lo stesso sia necessario al raggiungimento di finalità meritevoli<sup>38</sup>.

Appare invece evidente come, nei casi ipotizzati, la tipologia di polizza maggiormente adeguata ed equilibrata agli interessi perseguiti dal legislatore è quella che permetterebbe di cambiare assicuratore stimolando, così, una più forte concorrenza<sup>40</sup> e, da ultimo, non creerebbe problemi in caso di sospensione momentanea dell’attività professionale<sup>41</sup>.

Il generico obbligo di polizza retroattiva, necessario sicuramente ove applicato a soggetti che già esercitano l’attività professionale, si rivela in tutti gli altri casi una imposizione abnorme, non giustificata e, come si vedrà a breve, che desta anche dubbi di validità.

Come ricordato al paragrafo precedente, infatti, la validità della clausole claims made viene ancorata al fatto che, in tali circostanze, il “rischio non ha cessato di esistere” ai sensi dell’art. 1895 del codice civile poiché lo stesso viene contrattualmente individuato nell’incertezza derivante dal fatto che un precedente sinistro abbia generato un danno del quale si chiede per la prima volta il risarcimento durante il periodo di efficacia della polizza.

Ma è evidente che perché questo “rischio” –per come contrattualmente delineato– materialmente “esista” è però necessario che, per lo meno astrattamente, il sinistro foriero di un danno indennizzabile ai sensi della polizza si sia potuto verificare. Se i danni indennizzabili sono però quelli derivanti dall’esercizio della professione forense e se questa professione viene ad essere intrapresa contestualmente alla stipula di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile professionale, è evidente che non ricorra l’astratta possibilità che un sinistro foriero di un danno indennizzabile si sia verificato in passato. La retroattività, in tali circostanze, assicurerebbe un rischio che “non è mai esistito” circostanza che, sempre ai sensi dell’art. 1895 del codice civile, pone seri problemi di validità del contratto (rectius: della clausola claims made). Oltre a tale profilo, ulteriori problematiche in punto di adeguatezza del prodotto sembrano potersi rintracciare nell’art. 5, comma 3 del D.M. 22 settembre 2016 che, chiudendo il quadro, impone l’obbligo di adeguare le polizze stipulate prima dell’entrata in vigore dello stesso D.M. alle disposizioni in esso contenute.

Tale disposizione, riferita sempre allo specifico obbligo di prevedere la retroattività della copertura, appare ingiustificata e pregiudizievole se applicata a tutti quei professionisti che, anche in assenza di un obbligo assicurativo, abbiano comunque

ritenuto opportuno assicurarsi magari concludendo una polizza sulla responsabilità ai sensi dell'art. 1917 del codice civile. Ove tale rapporto assicurativo si sia mantenuto per un periodo superiore al termine decennale di prescrizione per far valere un eventuale diritto risarcitorio da parte di terzi, è evidente l'inutilità di imporre –una volta entrato in vigore il D. M. 22 settembre 2016– la conclusione di una nuova polizza assicurativa retroattiva e con garanzia postuma risultando maggiormente adeguato prevedere la prosecuzione di un rapporto negoziale basato sullo schema loss occurrence. Basti qui solo segnalare che, in tale ultima circostanza, per i danni eventualmente prodotti dall'assicurato attraverso condotte che si siano svolte in costanza della polizza loss occurrence ma denunciati nel periodo di vigenza della polizza claims made che ha sostituito la prima, l'avvocato sarebbe coperto per il medesimo danno da due distinte polizze.

Nulla di invalido in questo caso dal momento che l'eventualità che uno stesso danno sia assicurato presso diversi assicuratori è fattispecie tipizzata dallo stesso codice civile all'art. 1910 4<sup>o</sup>, ma appare evidente l'inutilità pratica di imporre ad un professionista di pagarsi una doppia copertura sottoponendolo per il futuro ad un regime assicurativo che, per altro, risulta deteriore rispetto a quello fino ad allora goduto.

## VII. CONCLUSIONI.

In conclusione, l'obbligo di retroattività della copertura, sicuramente adeguato se previsto come mera disposizione transitoria alla quale assegnare l'esclusiva finalità di traghettare la professione forense verso l'entrata a pieno regime dell'obbligo assicurativo, si dimostra invece del tutto inadeguato come disciplina ordinaria e non va trascurato che, come accennato, la "categoria" degli avvocati che già esercitano la professione è destinata inevitabilmente ad esaurirsi in favore della massa dei neoiscritti agli Albi che andranno ad accedere alla professione in costanza dell'obbligo assicurativo sostituendo progressivamente i propri colleghi.

Imporre a tali soggetti una polizza retroattiva appare inadeguato e foriero anche di incertezze in grado di porre in serio rischio il sistema assicurativo. Se infatti tali clausole, dopo essere state introdotte in maniera indistinta all'interno di tutti i contratti di assicurazione dovessero essere in futuro considerate nulle si porrà il problema di verificare quale sia il modello assicurativo cui risponderanno le polizze decurtate delle clausole claims made. Stando almeno ai più recenti arresti della giurisprudenza, nelle ipotesi in parola si dovrebbe applicare la disciplina codicistica delle assicurazioni contro i danni e quindi, per quello che qui interessa, il modello loss occurrence di cui all'art. 1917 c.c. Una tale eventualità, però, appare tutt'altro che neutra per le imprese di assicurazione che fondano la propria attività proprio sulla valutazione dei rischi assicurati i quali, raggruppati omogeneamente, permettono all'impresa una valutazione statistico-attuariale degli stessi e, quindi, l'accantonamento di adeguate riserve tecniche. Appare però evidente che il rischio varia in funzione della tipologia di contratto che vincola l'assicurazione ed è evidente che una modifica giudiziaria tanto profonda della polizza inciderà in maniera

sostanziale sul rischio assunto da parte dell'impresa e sull'adeguatezza della conformazione strutturale e patrimoniale che la stessa si era data. In altre parole, le imprese di assicurazione si troverebbero a scoprire di aver assicurato un rischio diverso rispetto a quello previsto dalle polizze originariamente concluse con ripercussioni sicuramente non positive in termini di stabilità del sistema che dovrebbe riorganizzarsi sulla scorta della nuova realtà imposta. Sarebbe stato forse più adeguato, allora, prevedere il regime di retroattività di cui all'art. 2 del D.M. 22 settembre 2016 esclusivamente per i professionisti già iscritti – magari con una retroattività che decorra dal giorno di iscrizione all'Albo – e, al contrario, prevedere per i neoiscritti l'obbligo di stipulare polizze di diritto comune secondo lo schema dell'art. 1917 c.c.

È vero che il mercato si dimostra sempre impermeabile a contratti che non rispondano alle aspettative degli operatori dello stesso e che – stando almeno alla prassi negoziale ormai consolidata la quale tende in tale settore a stipulare polizze con clausole claims made –, il modello codicistico di cui all'art. 1917 c.c. non sembra trovare il favore degli operatori ma, allo stesso modo, non sembra una scelta opportuna quella di imporre soluzioni prive di proporzionalità ed adeguatezza le quali, peraltro, aprono la porta a problematiche destabilizzanti.

Se è vero che il contratto deve fare i conti con il mercato nel quale lo stesso deve essere calato, è pur vero che verrà un tempo nel quale il mercato dovrà necessariamente fare i conti con il diritto.

## NOTE

1 Sull'evoluzione storica del fenomeno assicurativo, v. GASPERONI, N.: "Assicurazione (in generale)", in AA. VV.: Nuovo digesto, I, UTET, Torino, 1957, pp. 354 ss.; DONATI, A.: Trattato del diritto delle assicurazioni private, I, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 53 ss.; CASSANDRO, G.: "Assicurazioni (storia)", in AA. VV.: Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 420 ss.; SCALFI, G.: "Assicurazione (Contratto di)", in AA. VV.: Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale, I, UTET, Torino, 1987, pp. 333 ss.

2 Diffusamente, sul punto, TRIDICO, G.: "Art. 1882", in AA. VV.: Commentario teorico-pratico al codice civile (dir. da V. DE MARTINO), Edizioni Pem, Novara, 1976, pp. 110 – 119.

3 L'operazione assicurativa, in estrema sintesi, si concretizza nella conversione di un ingente rischio futuro ed incerto in un costo immediato, certo ma molto più limitato nel suo ammontare. Cfr., GAMBINO, A.: L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori, Giuffrè, Milano, 1964, p. 378; ANGELICI, C.: "Aggravamento e altre modifiche del rischio", Assicurazioni, 1985, pp. 543-544.

4 Si pensi al *fenus nauticum* di epoca romana. Si pensi, ancora, alle forme mutualistiche più embrionali con le quali si ripartiva all'interno di una certa comunità il danno subito da un membro della stessa. Sul punto, si veda DI GIANDOMENICO, G.: “La qualificazione giuridica del contratto di *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 5 ter, dic. 2016 assicurazione”, DI GIANDOMENICO, G. e RICCIO, D.: *I Contratti speciali. I contratti aleatori*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 49-52, nonché l'ampia ricostruzione svolta da ROSSETTI, M.: *Il diritto delle assicurazioni*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 1-40.

5 Cfr., le riflessioni svolte già da VIVANTE, C.: *Trattato di diritto commerciale*, IV, Piccin, Milano, 1916, pp. 418 ss.; PORRI, V.: “Lo sviluppo delle imprese assicuratrici in Italia nei rami elementari”, in *AA.VV.: Lo sviluppo e il regime delle assicurazioni in Italia*, UTET, Torino, 1928, pp. 70. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 5 ter, dic. 2016

6 L'articolo poco sopra menzionato così recita: “1. È contratto di sorte o aleatorio, quando per ambedue i contraenti o per l'uno di essi il vantaggio dipende da un avvenimento incerto. 2. Tali sono il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio, il giuoco, la scommessa e il contratto vitalizio”.

7 Su tale profilo, DAMIANI, E.: *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 133 ss.; GAMBINO, A.: *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., pp. 14 ss.

8 Va tuttavia segnalato che disposizioni speciali in tema di contratto di assicurazione permangono tutt'ora all'interno del codice della navigazione.

9 Nota la diatriba fra cultori del diritto commerciale e cultori del diritto civile: mentre i primi parlavano di una “commercializzazione” del diritto civile, i secondi facevano riferimento ad una “civilizzazione” del diritto commerciale.

10 In questo senso, fra gli altri, BUTTARO, L.: “Assicurazione in generale”, in *AA. VV.: Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 345 ss.; ID.: “Assicurazione sulla vita”, in *AA. VV.: Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 611 ss.; ASCARELLI, T.: “Sul concetto unitario del contratto di assicurazione”, in ID.: *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 408 ss. Sul punto si veda, di recente, LANDINI, S.: “Art. 1882”, in *AA. VV.: Dei singoli contratti* (a cura di D. VALENTINO), V, UTET, Torino, 2011, pp. 39, la quale, pur evidenziando le differenze sussistenti fra assicurazioni del ramo vita ed assicurazioni del ramo danni afferma come “anche tenuto conto dell'evoluzione dell'assicurazione sulla vita, sembra però difficile negare unitarietà, dal punto di vista causale, al fenomeno dell'assicurazione considerato come pure nell'assicurazione sulla vita vi sia comunque l'assunzione di un rischio

demografico da parte dell'assicuratore". Cfr, però, FANELLI, G.: Le assicurazioni, in Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 467 ss.

11 Su cui v., diffusamente, PECCENINI, F.: Dell'assicurazione, in Comm. cod. civ. Scialoja e Branca, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, pp. 1-13.

12 V., sul punto, GIAMPAOLINO, C. F.: Le assicurazioni, Giappichelli, Torino, 2011, p. 169, il quale evidenzia come "il contratto di assicurazione è stipulato solo in collegamento con l'attività assicurativa. (...) Su tale piano, il rapporto viene infatti in considerazione non singolarmente, ma nel collegamento con la complessiva operazione realizzata dall'assicuratore attraverso l'utilizzazione di un particolare procedimento tecnico fondato sull'applicazione del calcolo delle probabilità". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 5 ter, dic. 2016

13 Così, BRACCIODIETA, A.: Il contratto di assicurazione (Disposizioni generali), in Cod. civ. Commentario Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 23-25.

14 Tale codice doveva sostituire tutte le disposizioni precedenti che, al di fuori del codice civile, si occupavano principalmente della disciplina dell'impresa assicurativa. Va ricordato, infatti, la prima normativa sul punto risale al r.d.l. 29 aprile 1923, núm. 966 convertito con l. 17 aprile 1925, n. 473 (su cui v. ASQUINI, A.: "Diritto pubblico e diritto privato nell'ordinamento delle assicurazioni", in ID.: *Scritti giuridici*, I, Cedam, Padova, 1936, pp. 119 ss.) poi sostituito dal testo unico delle assicurazioni private (d.P.R. 13 febbraio 1959, n. 49). Su tali precedenti normative, v. COTTINO, G.: "L'assicurazione tra passato e presente", in AA. VV.: *L'assicurazione, l'impresa e il contratto*, Cedam, Padova, 2001, p. 7.

15 LANDINI, S.: "Art. 1882", cit., p. 37.

16 In questo senso, GAMBINO, A.: "Note critiche sulla bozza del codice delle assicurazioni private", *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1035 ss.; BIN, M.: "Artt. 1 e 2", *Commentario al codice delle assicurazioni* (coord. da M. BIN), CEDAM, Padova, 2006, pp. 12 s.

17 Su tali profili, CANDIAN, A.D.: "Il nuovo codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e "resistenze", *Contr. impr.*, 2006, p. 1289-1313. Sulla complessità di norme che disciplinano il contratto di assicurazione, v. CORRIAS, P.: "La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo", *Resp. civ. prev.*, 2007, pp. 1749-1774.

18 Per i primi commenti, SERINO, A.: "Il nuovo codice delle assicurazioni private e il sistema sanzionatorio", *Temi romana*, 2005, pp. 6-17; AMOROSINO, S.: "I profili

pubblicistici del nuovo Codice delle assicurazioni: disciplina di settore e potere di regulation dell'ISVAP", *Gior. dir. amm.*, 2005, pp. 1249-1254; ROSSETTI, M.: "Prime riflessioni sul nuovo codice delle assicurazioni", *Foro it.*, 2006, V, c. 108-116; FARENGA, L.: "L'impresa nel codice delle assicurazioni private", *Dir. econ. Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 5 ter, dic. 2016

19 Il tema è particolarmente ampio e complesso ma estraneo all'oggetto del presente contributo che vuole invece focalizzarsi sulle novità inerenti il contratto di assicurazione. Per la dottrina più recente in tema di Solvency II, v. FRIGESSI DI RATTALMA, M.: "Controlli e Solvency II: il rischio frondo e assicurativa fra disciplina nazionale ed europea", *Resp. civ. prev.*, 2013, pp. 646-755; JUVARA, N. e ALTOMANI, P.: "I requisiti di governo societario introdotti in Italia in attuazione della direttiva Solvency II", [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 2015, pp. 1-10; MARINO, D.M. e COSTA, S.: "L'attuazione in Italia della direttiva Solvency II: un quadro di sintesi", [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 2015, pp. 1-11; ROSSI, A.: "Vigilanza finanziaria e obblighi di trasparenza alla luce della direttiva solvency II: guida introduttiva al c.d. terzo pilastro", *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 1443-1456; FEBBI, S. e BOBBO, D.: "L'evoluzione del sistema dei controlli interni delle imprese di assicurazione nel recepimento di Solvency II", [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 2016, pp. 1-14.

20 Va segnalato che anche l'attuale disciplina degli intermediari assicurativi è il frutto del recepimento della direttiva 2002/92/CE. Sulle novità introdotte dalla IDD2 v., senza pretesa di esaustività MARINO, D.M. e PANTALEO, A.: "La nuova direttiva sulla distribuzione assicurativa – Uno sguardo d'insieme e primi spunti di riflessione", [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 2016, pp. 1-7. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 5 ter, dic. 2016

21 Su tali profili, diffusamente, CAVAZZONI, G., DI NELLA, L., MEZZASOMA, L. e RIZZO, F.: *La tutela del consumatore assicurato fra codice civile e legislazione speciale*, ESI, Napoli, 2012, passim.

22 MOLITERNI, F., "Art. 120", en AA. VV.: *Il codice delle assicurazioni private* (coord. por F. CAPRIGLIONE), II, Cedam, Padova, 2007, pp. 167; ARENA, M.R.: "Adeguatezza dell'offerta assicurativa nei rami danni", *Dir. econ. ass.*, 2007, pp. 433 ss.; VOLPE PUTZOLU, G.: "La valutazione dell'adeguatezza del contratto di assicurazione offerto", en AA. VV.: *La responsabilità civile nell'intermediazione assicurativa*, Giuffré, Milano, 2011, pp. 31 ss.; PANETTI, F.: "Conflitto di interessi e adeguatezza del prodotto nella disciplina degli intermediari assicurativi: il problema dei rimedi", *Diritto ed econ. ass.*, 2011, p. 462-469; NATOLI, U.: *Il contratto «adeguato». La prestazione del cliente nei servizi di credito, investimento e assicurazione*, Giuffré, Milano, 2012, pp. 173 ss.; MERGATI, M.: "La responsabilità civile nell'intermediazione assicurativa. La valutazione di adeguatezza e/o appropriatezza del contratto di assicurazione", *Nuovo not. giur.*, 2012, pp. 117 ss.;

CANDIAN, A., “Art. 120”, en AA. VV.: Codice delle assicurazioni private (coord. por. A. CANDIAN e G. CARRIERO), ESI, Napoli, 2014, pp. 455 ss.

23 Su tali interventi normativi, GARONNA, P.: L’assicurazione della responsabilità professionale: problemi e prospettive”, Assicurazioni, 2012, pp. 621 ss. ass., 2006, pp. 71-83; ROMA, M.: “Codice delle assicurazioni. Novità e prospettive in tema di tutela dell’assicurato-consumatore”, Dir. econ. ass., 2007, pp. 107-120.

24 Il C.N.F. ha fornito il proprio Parere in data 15 luglio 2016, in <http://www.consiglionazionaleforense.it>.

25 In questo senso, art. 12, comma 5 della l. n. 247 del 2012.

26 V. FERRARI, I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita, cit., p. 208, il quale evidenzia come «nonostante le assicurazioni obbligatorie rientrino nella categoria generale delle assicurazioni della responsabilità civile, deve considerarsi come in realtà i destinatari della tutela indennitaria vengano ad essere – oltre all’assicurato-danneggiante rispetto alla pretesa indennitaria subita – anche i danneggiati, che possono riporre sicuro affidamento in ordine al soddisfacimento delle proprie ragioni risarcitorie. [...] I lineamenti generali di disciplina appena esposti mettono immediatamente in primo piano la funzione sociale svolta dalle assicurazioni obbligatorie, strumentale all’attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all’art. 2 della Costituzione».

27 Va da sé che il rispetto di tali condizioni minime non precluda l’inclusione di ulteriori elementi contrattuali negoziati direttamente fra le parti i quali, purché compatibili con le condizioni minime, dovranno comunque essere oggetto di valutazione di adeguatezza da parte del distributore del prodotto. Una adeguatezza che, stando alle peculiarità che caratterizzano le assicurazioni obbligatorie, dovrebbe chiamare la controparte professionale a valutare l’inclusione di elementi aggiuntivi non solo in relazione alle esigenze dell’assicurato, ma anche a quelle che l’ordinamento si prefiggeva di realizzare.

28 Senza pretesa di esaustività PERLINGIERI, P.: Profili istituzionali del diritto civile, ESI, Napoli 1975, p.70; ID.: Profili del diritto civile, ESI, Napoli 1994, p. 242; ID.: Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, ESI, Napoli, 2006, pp. 334 ss.

29 Con specifico riferimento alle limitazioni all’autonomia privata imposte nell’ambito delle assicurazioni obbligatorie, si veda V. FERRARI: I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita, cit., pp. 209 s.

30 Positiva appare la necessità che l'assicurazione copra ogni tipo di danno sia esso patrimoniale che non patrimoniale (art. 1, comma 1 del D. M. 22 settembre 2016); che assicuri il professionista anche in caso di colpa grave (art. 1, comma 3); che preveda l'obbligo di una garanzia decennale postuma in caso di cessazione dell'attività (art. 2, comma 1); la previsione del divieto di recesso da parte delle assicurazioni in caso di sinistro o di condanna al risarcimento del danno (art. 2, comma 2); la fissazione di adeguati massimali (art. 3)

31 Cfr., preliminarmente, le considerazioni di BOSA, S.: "Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 272 ss.

32 V., sul punto, le considerazioni di VOLPE PUTZOLU, G.: "La clausola «claims made». Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.", *Assicurazioni*, 2006, p. 10.

33 V., sul punto, le ricostruzioni di CARASSALE, U.: "La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale", *Danno resp.*, 2006, p. 600; CESARANI, F.: "Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali", *Diritto ed econ. ass.*, 2007, pp. 799 ss.

34 Cfr., senza pretesa di esaustività, MONTI, A.: "In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile", *Dir. economia ass.*, 2005, pp. 531 ss.; DE STROBEL, D.: "La vicenda delle «claims made»", *ivi*, 2006, p. 531 ss.; AMENDOLAGINE, V.: "Clausola «claims made», alea contrattuale e copertura assicurativa per la responsabilità civile", *Contratti*, 2014, pp. 532 ss.; ID.: "Clausola «claims made» e responsabilità dell'assicuratore: quando ricorre il carattere della vessatorietà", *Giur. it.*, 2012, pp. 2559 ss.; MAGNI, F. A.: "Gli incerti limiti di validità della «clausola claims made» nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile", *Corr. mer.*, 2013, pp. 1164 ss.; GAZZARA, M.: "Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza", *Contratti*, 2013, pp. 887 ss.; MONTICELLI, S.: "La clausola «claims made» tra abuso del diritto e immeritevolezza", *Danno e resp.*, 2013, pp. 701 ss.; NARDO, D. e TASSONE, B.: "Le clausole «claims made» di nuovo in Cassazione: atto quarto o semplice bis?", *Danno e resp.*, 2016, pp. 187 ss.; LOCATELLI, L.: "Clausole claims made e giudizio di vessatorietà", *Resp. civ. e prev.*, 2016, pp. 529 ss.; DE LUCA, N.: "«Act committed», loss occurrence, claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?", *Banca, borsa, titoli cred.*, 2015, pp. 721 ss.; PAGNI, C.: "Le claims made e le Sezioni Unite: spunti operativi tra questioni risolte e questioni aperte", *dirittobancario.it*, 2016, pp. 1 ss.

35 Sia concesso rinviare, per ogni opportuno riferimento a GAGGERO, P.: “Validità ed efficacia dell’assicurazione della responsabilità civile claims made”, *Contr. impr.*, 2013, pp. 403 ss.

36 Si tratta di Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *giustizia civile.com*, 2016, con nota di BIZZARRI, G.: “Le Sezioni Unite sulle clausole claims made: un’indagine approfondita in tema di meritevolezza, liceità, vessatorietà e rimedi”, a cui si rinvia per una compiuta trattazione delle problematiche connesse al tema. Sul punto v., pure, MAZZOLA M., “Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni «a margine»”, *Riv. dir. bancario*, 2016, 5, pp. 1 ss.; SPADAFORA, N. e SCARPA, D.: “Clausola claims made e disciplina del consumo (commento a margine della sentenza Cass. 6 maggio 2016, n. 9140)”, in *dirittobancario.it*, 2016, pp. 1 ss.

37 Pur se riflettendo in termini maggiormente generali, si preoccupa di verificare le problematiche poste da tali clausole all’interno delle assicurazioni c.dd. obbligatorie, GAZZARRA, M.: “Il difficil dovrebbe essere proprio quella descritta dall’art. 1917 del codice civile che, coprendo i danni derivanti da sinistri verificatisi durante il periodo di vigenza della polizza, permette all’assicurato e ai terzi di essere pienamente tutelati; scongiura l’eventualità di dover prevedere una garanzia postuma<sup>39</sup>; renderebbe più agevole rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale”, *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, pp. 1213 ss.

38 Così, BOSA, S.: “Il contratto di assicurazione”, *cit.*, pp. 275-276, dove afferma che “appare più che discutibile, ad esempio, che una copertura claims made, con clausola di retroattività, possa considerarsi «adeguata» per un giovane professionista che inizia l’attività lavorativa in concomitanza con l’entrata in vigore dell’obbligo assicurativo (visto che non vi è alcun interesse a una copertura per i rischi progressi”.

39 Giova sul punto segnalare come la garanzia postuma decennale prevede che il professionista che riceva una domanda risarcitoria entro dieci anni dalla cessazione dell’attività dovrà essere mantenuto indenne da parte dell’assicurazione. In un ambito caratterizzato da danni lungolatenti, però, una garanzia postuma decennale potrebbe risultare insufficiente. La regola generale in termini di prescrizione prevede, infatti, che il termine inizi a decorrere dal momento in cui il diritto (nel caso di specie l’azione per l’accertamento di una responsabilità contrattuale) possa essere fatto valere da parte del suo titolare. Questo significa che il danno subito dal cliente del professionista ormai inattivo potrebbe emergere anche molti anni dopo la cessazione dell’attività professionale ed è da quel momento, quindi, che inizierà a decorrere il termine decennale di prescrizione. Stando così le cose, l’eventuale richiesta risarcitoria potrà legittimamente pervenire anche dopo lo spirare della garanzia decennale postuma determinando il legittimo rifiuto dell’assicurazione di mantenere indenne il professionista. Così facendo, però, si rischia non solo e non tanto di vulnerare l’interesse del professionista a mantenere integro il proprio patrimonio -interesse questo che, come detto, appare recessivo all’interno di tali assicurazioni obbligatorie, ma di porre in pericolo il diritto del danneggiato ad ottenere il ristoro del danno subito che, al contrario, è interesse centrale del legislatore.

40 Va infatti segnalato come l'inclusione di una clausola claims made illimitatamente retroattiva all'interno di una polizza per la responsabilità professionale determina una conseguenza sostanziale di estremo rilievo che si concretizza nel fatto che, in caso di passaggio ad altre imprese di assicurazione, l'ultima di queste assumerà su di sé tutti i rischi pregressi e, in caso di cessazione di attività, anche quelli connessi al periodo decennale di ultrattività. Le imprese che in precedenza avevano assicurato il professionista, al contrario, non potranno essere chiamate ad indennizzare alcun danno fatta eccezione per quelli eventualmente già denunciati in costanza della polizza dalle stesse sottoscritte. Appare però evidente che, verosimilmente, sarà molto difficile trovare imprese di assicurazione disposte ad assumere un rischio così elevato dietro il pagamento di poche annualità di premio o, ove lo fossero, dovranno prevedere premi molto più elevati rispetto a quelli normalmente praticati e, sostanzialmente, fuori mercato. In tali casi, infatti, il rischio è estremamente elevato. Ciò significa che vi sarà un limite temporale nella carriera di un professionista oltre il quale sarà del tutto antieconomico cambiare impresa di assicurazione imponendo di fatto allo stesso di permanere con la medesima impresa e limitando per tal via il gioco della concorrenza fra gli operatori di mercato.

41 Appare evidente che, nel caso in cui un avvocato sospenda momentaneamente la propria professione per dedicarsi ad attività incompatibili o per le più disparate esigenze della vita si troverà, da un lato, a dover continuare a pagare l'assicurazione (pur non esercitando in quel periodo la professione) per scongiurare il rischio di rimanere privo di copertura nel caso in cui la domanda risarcitoria del cliente pervenga durante il periodo di sospensione dell'attività e, dall'altro, di assicurare retroattivamente anche il periodo di sospensione all'interno del quale, non avendo agito quale avvocato, non ha sicuramente generato danni coperti dalla polizza professionale.

42 L'articolo, prevede però degli specifici oneri per l'assicurato che si determini ad assicurare il medesimo danno con più assicuratori il cui mancato ottemperamento può anche determinare il legittimo rifiuto dell'assicurazione di pagare l'indennizzo.

## BIBLIOGRAFIA

AMENDOLAGINE, V.: "Clausola "claims made" e responsabilità dell'assicuratore: quando ricorre il carattere della vessatorietà", *Giur. it.*, 2012.

AMENDOLAGINE, V.: "Clausola "claims made", alea contrattuale e copertura assicurativa per la responsabilità civile", *Contratti*, 2014.

AMOROSINO, S.: "I profili pubblicistici del nuovo Codice delle assicurazioni: disciplina di settore e potere di regulation dell'ISVAP", *Gior. dir. amm.*, 2005.

ANGELICI, C.: "Aggravamento e altre modifiche del rischio", *Assicurazioni*, 1985.

ARENA, M.R.: "Adeguatezza dell'offerta assicurativa nei rami danni", *Dir. econ. ass.*, 2007.

- ASCARELLI, T.: “Sul concetto unitario del contratto di assicurazione”, in ID.: Saggi giuridici, Giuffrè, Milano, 1949.
- ASQUINI, A.: “Diritto pubblico e diritto privato nell’ordinamento delle assicurazioni”, in ID.: Scritti giuridici, I, Cedam, Padova, 1936.
- BIN, M.: “Artt. 1 e 2”, Commentario al codice delle assicurazioni (coord. da M. BIN), CEDAM, Padova, 2006.
- BIZZARRI, G.: “Le Sezioni Unite sulle clausole claims made: un’indagine approfondita in tema di meritevolezza, liceità, vessatorietà e rimedi”, in *giustizia civile.com*, 2016.
- BOSA, S.: “Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative”, *Nuove leggi civ. comm.*, 2015.
- BRACCIODIETA, A.: Il contratto di assicurazione (Disposizioni generali), in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2012.
- BUTTARO, L.: “Assicurazione in generale”, in AA. VV.: *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958.
- BUTTARO, L.: “Assicurazione sulla vita”, in AA. VV.: *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958.
- CANDIAN, A., “Art. 120”, in AA. VV.: *Codice delle assicurazioni private* (coord. por. A CANDIAN e G. CARRIERO), ESI, Napoli, 2014.
- CANDIAN, A.D.: “Il nuovo codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e “resistenze””, *Contr. impr.*, 2006.
- CARASSALE, U.: “La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale”, *Danno resp.*, 2006.
- CASSANDRO, G.: “Assicurazioni (storia)”, in AA. VV.: *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958.
- CAVAZZONI, G./ DI NELLA, L./ MEZZASOMA, L./ RIZZO, F.: *La tutela del consumatore assicurato fra codice civile e legislazione speciale*, ESI, Napoli, 2012.
- CESARANI, F.: “Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali”, *Diritto ed econ. ass.*, 2007.
- CORRIAS, P.: “La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo”, *Resp. civ. prev.*, 2007.
- COTTINO, G.: “L’assicurazione tra passato e presente”, in AA. VV.: *L’assicurazione, l’impresa e il contratto*, Cedam, Padova, 2001.
- DAMIANI, E.: *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 2008.
- DE LUCA, N.: ““Act committed”, loss occurrence, claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?”, *Banca, borsa, titoli cred.*, 2015.
- DE STROBEL, D.: “La vicenda delle «claims made»”, *Dir. economia ass.*, 2006.
- DI GIANDOMENICO, G.: “La qualificazione giuridica del contratto di assicurazione”, in DI GIANDOMENICO, G./ RICCIO, D.: *I Contratti speciali. I contratti aleatori*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Giappichelli, Torino, 2005.

- DONATI, A.: Trattato del diritto delle assicurazioni private, I, Giuffré, Milano, 1952.
- FANELLI, G.: Le assicurazioni, in Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo, Giuffré, Milano, 1973.
- FARENGA, L.: “L’impresa nel codice delle assicurazioni private”, Dir. econ. ass., 2006.
- FEBBI, S./ BOBBO, D.: “L’evoluzione del sistema dei controlli interni delle imprese di assicurazione nel recepimento di Solvency II”, [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 2016.
- FRIGESSI DI RATTALMA, M.: “Controlli e Solvency II: il rischio frondoe assicurativa fra disciplina nazionale ed europea”, Resp. civ. prev., 2013.
- GAGGERO, P.: “Validità ed efficacia dell’assicurazione della responsabilità civile claims made”, Contr. impr., 2013.
- GAMBINO, A.: “Note critiche sulla bozza del codice delle assicurazioni private”, Giur. comm., I, 2004.
- GAMBINO, A.: L’assicurazione nella teoria dei contratti aleatori, Giuffré, Milano, 1964.
- GARONNA, P.: L’assicurazione della responsabilità professionale: problemi e prospettive”, Assicurazioni, 2012.
- GASPERONI, N.: “Assicurazione (in generale), in AA. VV.: Nuovo digesto, I, UTET, Torino, 1957.
- GAZZARA, M.: “Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza”, Contratti, 2013.
- GAZZARRA, M.: “Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale”, Nuove leggi civ. comm., 2012.
- GIAMPAOLINO, C.F.: Le assicurazioni, Giappichelli, Torino, 2011.
- JUVARA, N. e ALTOMANI, P.: “I requisiti di governo societario introdotti in Italia in attuazione della direttiva Solvency II”, [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 2015.
- LANDINI, S.: “Art. 1882”, in AA. VV.: Dei singoli contratti (a cura di D. VALENTINO), V, UTET, Torino, 2011.
- LOCATELLI, L.: “Clausole claims made e giudizio di vessatorietà”, Resp. civ. e prev., 2016.
- MAGNI, F. A.: “Gli incerti limiti di validità della “clausola claims made” nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile”, Corr. mer., 2013.
- MARINO, D.M. e COSTA, S.: “L’attuazione in Italia della direttiva Solvency II: un quadro di sintesi”, [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 2015.
- MARINO, D.M. e PANTALEO, A.: “La nuova direttiva sulla distribuzione assicurativa – Uno sguardo d’insieme e primi spunti di riflessione”, [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 2016.
- MAZZOLA M., “Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni «a margine»”, Riv. dir. bancario, 5, 2016.
- MERGATI, M.: “La responsabilità civile nell’intermediazione assicurativa. La valutazione di adeguatezza e/o appropriatezza del contratto di assicurazione”, Nuovo not. giur., 2012.

- MOLITERNI, F., “Art. 120”, en AA. VV.: Il codice delle assicurazioni private (coord. por F. CAPRIGLIONE), II, Cedam, Padova, 2007.
- MONTI, A.: “In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile”, *Dir. economia ass.*, 2005.
- MONTICELLI, S.: “La clausola “claims made” tra abuso del diritto e immeritevolezza”, *Danno e resp.*, 2013.
- NARDO, D. e TASSONE, B.: “Le clausole “claims made” di nuovo in Cassazione: atto quarto o semplice bis?”, *Danno e resp.*, 2016.
- NATOLI, U.: *Il contratto «adeguato». La prestazione del cliente nei servizi di credito, investimento e assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012.
- PAGNI, C.: “Le claims made e le Sezioni Unite: spunti operativi tra questioni risolte e questioni aperte”, *dirittobancario.it*, 2016.
- PANETTI, F.: “Conflitto di interessi e adeguatezza del prodotto nella disciplina degli intermediari assicurativi: il problema dei rimedi”, *Diritto ed econ. ass.*, 2011.
- PECCENINI, F.: *Dell’assicurazione*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 2011.
- PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006.
- PERLINGIERI, P.: *Profili del diritto civile*, ESI, Napoli 1994.
- PERLINGIERI, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, ESI, Napoli 1975.
- PORRI, V.: “Lo sviluppo delle imprese assicuratrici in Italia nei rami elementari”, in AA. VV.: *Lo sviluppo e il regime delle assicurazioni in Italia*, UTET, Torino, 1928.
- ROMA, M.: “Codice delle assicurazioni. Novità e prospettive in tema di tutela dell’assicurato-consumatore”, *Dir. econ. ass.*, 2007.
- ROSSETTI, M.: “Prime riflessioni sul nuovo codice delle assicurazioni”, *Foro it.*, V, 2006.
- ROSSETTI, M.: *Il diritto delle assicurazioni*, CEDAM, Padova, 2011.
- ROSSI, A.: “Vigilanza finanziaria e obblighi di trasparenza alla luce della direttiva solvency II: guida introduttiva al c.d. terzo pilastro”, *Resp. civ. prev.*, 2016.
- SCALFI, G.: “Assicurazione (Contratto di)”, in AA. VV.: *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione commerciale, I, UTET, Torino, 1987.
- SERINO, A.: “Il nuovo codice delle assicurazioni private e il sistema sanzionatorio”, *Temi romana*, 2005.
- SPADAFORA, N. e SCARPA, D.: “Clausola claims made e disciplina del consumo (commento a margine della sentenza Cass. 6 maggio 2016, n. 9140)”, in *dirittobancario.it*, 2016.
- TRIDICO, G.: “Art. 1882”, in AA. VV.: *Commentario teorico-pratico al codice civile* (dir. Da V. DE MARTINO), Edizioni Pem, Novara, 1976.
- VIVANTE, C.: *Trattato di diritto commerciale*, IV, Piccin, Milano, 1916.
- VOLPE PUTZOLU, G.: “La clausola «claims made». Rischio e sinistro nell’assicurazione.c.”, *Assicurazioni*, 2006.

VOLPE PUTZOLU, G.: “La valutazione dell’adeguatezza del contratto di assicurazione offerto”, en AA. VV.: La responsabilità civile nell’intermediazione assicurativa, Giuffrè, Milano, 2011.

## **15. Le polizze vita alla luce della Cassazione n. 10333/2018: contratti di assicurazione o di investimento?**

\*\*\*

Sommario: 1. Le polizze vita in generale; 2. Gli elementi del contratto; 3. Le parti del contratto; 4. Tipologie di polizze: i “Rami” vita; 5. Le assicurazioni sulla vita (artt. 1919-1927 cod. civ.); 6. Benefici delle polizze vita: benefici fiscali, patrimoniali e successori; 7. Le polizze vita miste con componente finanziaria c.d. “indicizzate” (unit e index linked); 8. Classificazione giuridica e normativa applicabile alle polizze indicizzate; 9. Benefici fiscali, patrimoniali e successori anche per le polizze indicizzate?; 10. Corte di cassazione, ordinanza n. 10333/2018; 11. Conclusioni.

### 1. Le polizze vita in generale

La polizza vita è il contratto attraverso il quale l’impresa di assicurazione, dietro pagamento di un premio (unico o periodico) da parte del contraente (persona fisica o giuridica), si obbliga a erogare al beneficiario (persona fisica o giuridica) un capitale o una rendita in dipendenza del verificarsi di un evento attinente alla vita dell’assicurato (cfr. art. 1882 cod. civ.).

Il contratto di assicurazione sulla vita è quindi un contratto a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continua, la cui obbligazione del contraente consiste nella corresponsione dei premi assicurativi mentre quella dell’impresa assicurativa si sostanzia nel versamento del capitale o della rendita.

### 2. Gli elementi del contratto

Gli elementi caratteristici del contratto assicurativo sono i seguenti:

Il Premio: è il corrispettivo posto a carico dell’assicurato per l’assunzione del rischio da parte dell’assicuratore. Può essere pagato in un’unica soluzione o in diverse rate periodiche (c.d. rate di premio);

L’Evento Assicurato o il Sinistro (il c.d. rischio): è la possibilità che un evento dannoso si verifichi nel futuro. Deve necessariamente e oggettivamente esistere al momento della conclusione del contratto, pena la nullità dello stesso (art. 1895, 1896 cod. civ.);

Il rischio è l’elemento centrale della polizza e presupposto fondamentale del contratto anche ai sensi dell’art. 1895 cod. civ..

Ad ogni modo, la normativa applicabile non prevede una specifica definizione di rischio. In ambito di assicurazione sulla vita si parla di:

- rischio demografico relativo ad un evento attinente la vita umana, o meglio connesso con la sua durata in senso probabilistico;
- rischio d'investimento inteso in passato come il rischio assunto dall'assicuratore in relazione ai risultati finanziari, determinati sulla base del c.d. tasso tecnico.

L'introduzione di nuovi meccanismi e tipologie d'investimento per garantire il potere d'acquisto della somma assicurata e trasferire sempre più il rischio d'investimento all'assicurato ha reso difficile individuare una causa e funzione unitaria del contratto di assicurazione sulla vita, andando così a valorizzarne la peculiare funzione previdenziale.

L'obbligazione di pagamento in capo all'assicuratore: l'assicuratore si obbliga al pagamento della prestazione nel caso in cui si verifichi l'evento.

### 3. Le parti del contratto

Le parti del contratto assicurativo sono le seguenti:

- Il Contraente: colui che stipula il contratto in nome e per conto proprio, o in nome e per conto altrui. Egli costituisce il rapporto assicurativo, insieme all'assicuratore ne è il soggetto, la parte contrattuale. Il contraente da un lato ha l'obbligo di pagare il premio, dall'altro può disporre del contratto, sia designando o revocando il beneficiario, sia riducendone o addirittura annullandone il valore economico attraverso l'esercizio del diritto di riscatto. Il contraente potrà essere anche la società fiduciaria, la quale sottoscriverà la polizza in nome proprio, ma per conto della persona fisica fiduciante. Quest'ultimo sarà tutelato nei confronti dei terzi dal segreto fiduciario. Tale segreto sarà opponibile anche per quanto riguarda la qualità del soggetto beneficiario della polizza (l'obbligo di riservatezza sui dati relativi ad un contratto di assicurazione sulla vita, è stato infatti confermato dalla Cassazione n. 17790/2015).
- L'Assicurato: è il portatore del rischio, la persona fisica sulla quale viene stipulato il contratto. È dunque il soggetto alla cui morte o sopravvivenza l'assicuratore dovrà eseguire la prestazione prevista dal contratto, pagando il capitale o la rendita predeterminata.
- L'Assicuratore: è colui che assume il rischio e s'impegna a pagare il beneficiario al verificarsi del sinistro o dell'evento;
- Il Beneficiario: il destinatario delle prestazioni che l'assicuratore è tenuto a compiere qualora si verifichi il sinistro o l'evento. La figura del beneficiario in un contratto assicurativo risulta essere molto particolare, in quanto:
  1. la designazione del beneficiario è libera e può essere fatta nel contratto, o con successiva dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore in qualsiasi momento, oppure anche per testamento.
  2. Le modalità con le quali può essere effettuata la designazione del beneficiario sono espressamente indicate nel comma 2 dell'art. 1920 cod. civ..

3. L'identità del beneficiario può essere mantenuta segreta (cfr. parte sulla riservatezza in caso di intestazione fiduciaria della polizza).
4. La designazione è valida ed efficace anche se il beneficiario è determinato solo genericamente.
5. è titolare di un diritto proprio e intrasmissibile derivante dal contratto;
6. il diritto è autonomo e non derivato dal contraente, quindi, il beneficiario può rivolgersi direttamente alla compagnia per il pagamento della prestazione;
7. il diritto è vincolato alle pattuizioni contrattuali.

Dunque, nella realtà dei fatti i tre soggetti (contraente / assicurato / beneficiario) possono:

- coincidere nella stessa persona, come nel caso dell'assicurazione sulla vita propria (assicurazione sulla propria sopravvivenza ed a proprio favore);
- coincidere nella persona del contraente e dell'assicurato, mentre il beneficiario è persona diversa (assicurazione sulla vita propria a beneficio di un terzo);
- coincidere nella persona dell'assicurato e del beneficiario, mentre persona diversa è il contraente (assicurazione sulla vita di un terzo ed a suo beneficio);
- potrà anche verificarsi la presenza di tre persone distinte, come nell'assicurazione sulla vita di un terzo a favore di altra persona;
- potrà infine esservi anche la presenza di una società fiduciaria che, per tutelare la privacy di una delle parti (i.e. assicurato o beneficiario), potrà sottoscrivere la polizza, quale contraente in nome proprio e per conto dell'assicurato, il quale potrà (o meno) essere anche beneficiario della stessa.

#### 4. Tipologie di polizze: i "Rami" vita

Per Ramo si intende la gestione specifica della forma assicurativa corrispondente ad un specifico rischio o categoria di rischi, con riferimento sia all'assunzione del rischio, sia alla liquidazione del danno.

La "Classificazione per ramo" è prevista all'art. 2 del Codice delle Assicurazioni Private (D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209):

- Rami Vita (di cui alla Tabella A, suddivisa in un totale di 6 differenti categorie di rischi).
- Rami Danni (di cui alla Tabella B, suddivisi in un totale di 18 differenti categorie di rischi).

#### 5. Le assicurazioni sulla vita (artt. 1919-1927 cod. civ.)

La polizza sulla vita garantisce il pagamento di una somma di denaro al verificarsi di un evento legato alla persona (morte o sopravvenienza ad una certa data).

Lo scopo del contratto è quello garantire la disponibilità di una somma di denaro o una rendita al beneficiario della polizza (c.d. carattere previdenziale). La rilevanza del

risparmio finalizzato alla previdenza è stata più volte sottolineata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità (ex multis Cass. n. 8676/2000)

Nel ramo vita l'entità della polizza e del premio si basa principalmente sulla possibilità che l'assicurato ha di vivere o morire entro una certa data. Si tratta di una forma di risparmio, il cui scopo è tutelare l'assicurato e i suoi familiari dalla non conoscenza della durata della vita umana. Gli eventi da cui proteggersi sono quindi la morte, ma anche l'invalidità e la vecchiaia.

Le polizze di assicurazione sulla vita possono essere suddivise in base a diversi criteri.

In base alla natura del rischio se ne distinguono quattro tipologie: le assicurazioni per il caso vita, le assicurazioni per il caso morte, le assicurazioni miste e le opere di capitalizzazione.

Invero, l'Art. 2, comma 1- Codice delle Assicurazioni Private, suddivide le categorie dei rischi riferibili alle assicurazioni sulla vita, tra l'altro, nei seguenti Rami:

- Ramo I: le assicurazioni sulla durata della vita umana (c.d. assicurazioni caso vita "pure");
- Ramo II: le assicurazioni di nuzialità e natalità;
- Ramo III: le assicurazioni di cui ai rami I e II con componente finanziaria le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di O.I.C.R. o di fondi interni, ovvero a indici o ad altri valori di riferimento (c.d. assicurazioni caso vita "miste").

## 6. Benefici delle polizze vita: benefici fiscali, patrimoniali e successori

### 1. Benefici fiscali

I capitali percepiti dai beneficiari di contratti di assicurazione sulla vita, in caso di morte dell'assicurato, sono completamente esenti da IRPEF.

Pertanto, l'intero ammontare delle somme corrisposte non è soggetto a tassazione e l'esenzione della tassazione concerne l'intera somma che risarcisce il verificarsi dell'evento morte. Invero, l'attuale formulazione dell'art. 34, ultimo comma D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601, recante la disciplina delle agevolazioni tributarie (DPR 601/73), modificato dall'art. 1, comma 658, Legge 23 dicembre 2014, n. 190 statuisce che "I capitali percepiti in caso di morte in dipendenza di contratti di assicurazione sulla vita, a copertura del rischio demografico, sono esenti dall'imposta sul reddito delle persone fisiche".

Queste tipologie di danno vengono risarcite attraverso tecniche e modalità diverse: l'erogazione di un capitale (soprattutto in caso di morte), di una rendita o di un indennizzo (anche in caso di morte, ma soprattutto per invalidità e vecchiaia).

## 2. Benefici patrimoniali: impignorabilità ed insequestrabilità delle somme assicurate e vantaggi fiscali

Il comma 1 dell'art. 1923 cod. civ. prevede che le somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario non possono essere sottoposte ad azione esecutiva o cautelare. Il generico riferimento alle somme dovute dall'assicuratore consente di ritenere che il divieto di azioni esecutive o cautelari valga per ogni tipo di assicurazione vita, sia in proprio favore che a favore di terzi (cfr. Cass. n. 11975/1999) e possa anche essere riferito alle somme che l'assicuratore debba restituire al contraente a sensi dell'art. 176 del D.Lgs. n. 209/2005 in caso di revoca della proposta, come pure a seguito di recesso da un contratto di assicurazione sulla vita a sensi dell'art. 177 dello stesso Decreto.

La ratio di tale norma è la tutela dello spirito di previdenza ed ha una portata generale non limitata alle somme assicurate ed è quindi applicabile anche a quelle provenienti dall'eventuale riscatto della polizza.

Così né i creditori del contraente, né quelli del beneficiario potranno agire in rivalsa sulle somme che il rispettivo debitore potrà chiedere all'assicuratore.

## 3. Benefici successori

Il capitale liquidato risulta fuori dall'asse ereditario del contraente e non è soggetto a imposta di successione (beneficio de iure proprio). Solo il diritto di riscatto entra nella successione e subisce tassazione.

## 7. Le polizze vita miste con componente finanziaria c.d. "indicizzate" (unit e index linked)

A partire dagli anni '70 furono introdotti nuovi prodotti assicurativi, le polizze miste o indicizzate (unit-linked e index-linked) provenienti dagli ordinamenti di Common Law, caratterizzate da:

- forte componente finanziaria, connessa ad una transazione del rischio dall'assicuratore all'assicurato – c.d. rischio speculativo;
- prestazione dovuta dall'assicuratore non predeterminata in misura certa, ma rapportata ai risultati finanziari esterni.

Si tratta di prodotti assicurativi che non hanno garanzia di restituzione del capitale e di rendimento minimo.

Queste componenti alimentano da subito un dibattito giurisprudenziale e dottrinale circa il rilievo attribuito alla funzione previdenziale in prodotti finanziari assicurativi quali le polizze linked.

Le polizze indicizzate o linked si dividono in due principali tipologie:

- polizze unit-linked, nelle quali i premi sono investiti in un paniere di fondi di investimento interni od esterni all'assicuratore, in cui vengono versate le somme corrisposte dall'assicurato a titolo di premio: alla scadenza del contratto od al verificarsi dell'evento in esso dedotto, l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere all'assicurato una somma pari al valore delle quote del fondo mobiliare in tale momento; e,
- polizze index-linked, nelle quali il capitale assicurato è rivalutato in relazione ad un indice di borsa individuato nel contratto.

La finalità perseguita dalle polizze indicizzate non è quindi solamente quella di garantire i familiari del contraente dall'evento morte di quest'ultimo. In esse vi è una forte (e variabile da polizza a polizza) componente finanziaria con finalità di investimento.

## **16. Approfondimento : l'investimento sotteso alle le POLIZZE UNITED LINKED**

Polizze vita "unit linked" o fondi di investimento?

Dal punto di vista strettamente finanziario non sempre l'utente comprende esattamente quanto gli viene proposto in occasione della stipula delle polizze, un po' per mancanza di volontà di approfondimento, un po' per la effettiva complessità di certe offerte e un po' per mancanza di trasparenza dei gestori.

Molte volte al cliente il gestore parla di semplice "investimento", senza specificare le caratteristiche di questo o quel prodotto. Le sorprese nascono poi, quando si tratta di andare a raccogliere i frutti, o meglio, come è successo a molti negli ultimi tempi, i "cocci", cioè le perdite.

Uno degli argomenti che crea una certa confusione fra i risparmiatori è ad esempio quello delle polizze vita cd. "unit linked" e dei fondi di investimento. Le due tipologie di prodotto, seppur simili, presentano alcune differenze di una certa importanza che è bene brevemente precisare.

1. Una polizza vita di tipo "unit linked" è innanzitutto una polizza vita ad alto contenuto speculativo. Il denaro, cioè il premio, che si consegna al gestore (banca, SIM o compagnia d'assicurazione) viene cioè investito in quote di fondi di

investimento, i quali posseggono generalmente una parte più o meno elevata di azioni. Il rendimento della polizza è così legato al rendimento del fondo; garanzie di rendimenti minimi o di riavere indietro quanto versato non ve ne sono.

Con un fondo di investimento il risparmiatore investe invece direttamente il denaro per l'acquisto di quote del fondo, senza che venga fatto alcun riferimento ad una polizza vita. Anche qui garanzie di rendimenti minimi non ve ne sono. A differenza dei fondi legati alle polizze vita, generalmente azionari o misti (azionari-obbligazionari), nell'investimento diretto in fondi il risparmiatore può però decidere di investire ad es. solo in un fondo obbligazionario, che presenta minori rischi di uno azionario o di un bilanciato. Le modalità di funzionamento dei due prodotti – polizze vita unit linked o fondo di investimento – sono sì simili; essi posseggono tuttavia una regolamentazione diversa, la cui giustificazione non è francamente sempre del tutto chiara.

2. Già lo stesso concetto di "polizza vita" induce il risparmiatore a credere che si tratti di un prodotto a contenuto assicurativo, quindi di una forma di risparmio che garantisce per il futuro una rendita o la restituzione di un capitale maggiore di quello che viene versato con il premio. Cosa tutta da vedere quando si tratta appunto di "polizze vita unit linked"!

Con un fondo di investimento è invece da subito più chiaro, o almeno dovrebbe esserlo (se il gestore è trasparente nell'informazione) che si "investe" il proprio risparmio in qualcosa, il cui rendimento è incerto e in cui la salvaguardia del capitale a scadenza non è del tutto scontata. E che quindi il proprio capitale impiegato nell'investimento potrà eventualmente anche subire delle perdite.

3. Il diritto di recesso. Mentre da una polizza vita, stipulata dentro o fuori dai locali commerciali della ditta, è possibile recedere, da un contratto che riguarda la sottoscrizione di quote di fondo di investimento, stipulato dentro i locali della ditta, ciò non è possibile. Per le polizze vita, esiste innanzitutto un diritto di revoca della proposta di polizza fino al momento in cui la compagnia comunica l'accettazione della proposta. Ma anche una volta concluso il contratto esiste per il risparmiatore la possibilità di recedere entro 30 giorni dallo stesso. Possibilità quindi non da poco, che molte volte non viene adeguatamente chiarita al cliente. La legge prevede che l'impresa debba informare il contraente di tale diritto e le modalità di esercizio del diritto devono essere espressamente evidenziate nella proposta e nel contratto di assicurazione.

4. Le informazioni al momento della conclusione del contratto. Mentre la vendita di quote di fondi di investimento (come anche le gestioni patrimoniali, le OPA e la maggior parte degli strumenti finanziari) obbliga le imprese: a) a consegnare ai risparmiatori il cd. documento sui rischi negli investimenti finanziari; b) a richiedere ai risparmiatori informazioni dettagliate sulle loro conoscenze in strumenti finanziari, sulla loro situazione finanziaria e sulla loro propensione al rischio (delibera CONSOB

n.11522 del 1998); per le polizze vita esiste per le imprese solo un obbligo di consegna della cd. nota informativa (circolare ISVAP n.71 dd.26.03.87), che equivale più o meno al documento sui rischi negli investimenti finanziari. Le informazioni di cui al punto b) sono estremamente importanti per poter valutare l'operato dell'impresa riguardo ai risultati dell'investimento.

5. Da tener presente inoltre che sul contratto che viene fatto sottoscrivere risulta sempre chiaramente indicato se si tratta di una polizza vita o di una polizza vita "unit linked", oppure di un contratto di sottoscrizione di quote di un fondo di investimento oppure di una gestione patrimoniale. Molti risparmiatori, come detto sopra per leggerezza o per superficialità, non fanno caso a tali precisazioni, con tutte le ovvie possibili conseguenze, a volte anche negative, del caso. Importante dunque leggere sempre bene quanto viene sottoposto per la firma dall'intermediario! Se avete dei dubbi, prima di firmare alcunchè, rivolgetevi al nostro servizio di consulenza per problemi finanziari o assicurativi.

#### 8. Classificazione giuridica e normativa applicabile alle polizze indicizzate

La Legge n. 742/1986, ha qualificato le polizze linked quali assicurazioni connesse a fondi d'investimento. Il D. Lgs. n. 174/1995 le classifica come polizze le cui prestazioni siano direttamente collegate al valore di quote di un OICVM o al valore di attivi contenuti in un fondo interno detenuto dall'impresa di assicurazione o di un indice azionario o altro valore di riferimento diverso. Nel corso degli anni sono state emanate diverse circolari IVASS (allora ISVAP) per regolare la materia e tutelare i consumatori. Ad esempio, la circolare ISVAP n. 332/D/1998, per garantire omogeneità d'interpretazione, afferma sempre la necessaria presenza di un rischio demografico per le polizze vita.

Inoltre, secondo l'IVASS, non possono essere considerate assicurazioni sulla vita le polizze le cui condizioni contrattuali siano tali per cui l'erogazione della prestazione venga svincolata dalla durata della vita dell'assicurato.

Al contrario delle polizze di assicurazione sulla vita la cui ratio – come detto – risiede nell'accumulo di un capitale per uno scopo previdenziale, le tipologie assicurative "indicizzate" possono condurre ad un risultato opposto, quale la perdita (anche dell'intero) capitale. Invero, nelle polizze linked il rischio c.d. demografico (rischio vita o morte) è fortemente attenuato, in quanto prevale la funzione finanziaria-speculativa.

Nel 2005 si è rafforzato il progressivo avvicinamento delle polizze indicizzate ai prodotti del comparto finanziario. In particolare, la Legge 262/2005 c.d. Legge Risparmio (attuata dal Decreto "Pinza") nel dettaglio:

- definisce i prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione;
- estende le regole di condotta di cui agli artt. 21 e 23 Testo Unico della Finanza (TUF) alla sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari emessi da

- banche e da imprese di assicurazione e attribuisce alla Consob poteri di vigilanza regolamentare, informativa e ispettiva sulle imprese di assicurazione;
- in materia di offerta fuori sede, stabilisce che la relativa disciplina è applicabile anche ai prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari e ai prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione.

Inoltre, il D.Lgs. 303/2006, di raccordo tra la legge sul risparmio il TUF e il TUB, introduce, all'art. 3, la definizione di "prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione", intendendo "le polizze e le operazioni di cui ai rami III e V di cui all'art. 2 comma 1 D.Lgs. 209/2005", comprendendoli nell'ambito della disciplina sull'intermediazione finanziaria.

Le caratteristiche sopra indicate ha permesso prima alla giurisprudenza di merito e a quella della Corte di Cassazione pèoi di **equiparare** le polizze United Linked ai prodotti finanziari, ov ele stesse nonb garantiscano, alla scadenza , la restituzione del capitale investito. Questo è quanto stabilito dall'ordinanza n. 10333/2018 della Suprema Corte di cassazione.

Nel caso sottoposto alla decisione della Suprema Corte due clienti avevano convenuto in giudizio una società assicuratrice chiedendo la declaratoria di nullità della polizza sottoscritta tramite una fiduciaria e, in subordine, l'annullamento e la risoluzione per inadempimento del contratto assicurativo, con la restituzione dell'importo corrisposto anche a titolo di commissioni versate. La domanda, rigettata in primo grado, era stata accolta in sede d'appello in quanto, secondo il giudice di secondo grado, mancando la garanzia della conservazione del capitale alla scadenza e dunque difettando la natura assicurativa del prodotto, quest'ultimo doveva essere considerato un vero e proprio investimento finanziario da parte di coloro che figuravano come assicurati, vale dire i due soggetti che avevano operato per il tramite della fiduciaria, con la conseguente applicazione del T.U.F.. e dei regolamenti Consob. Sulla base di tale presupposto la Corte d'Appello aveva anche accertato il mancato assolvimento degli obblighi informativi e di comportamento rispetto ad un'operazione finanziaria non adeguata, previsti dal regolamento Consob n. 11522 del 1998, con riferimento alla persona fisica dell'investitore e non alla società fiduciaria.

La finalità perseguita dalle polizze linked non è solamente quella di garantire i familiari del contraente dall'evento morte di quest'ultimo, essendovi anche una forte componente finanziaria: ciò ha fatto sorgere dubbi sulla permanenza della funzione previdenziale del contratto, posto che la stretta connessione della polizza con un evento attinente alla vita umana deve caratterizzare la causa del contratto di assicurazione sulla vita. Una parte della dottrina ha sostenuto che il contratto sarebbe pur sempre caratterizzato dall'obbligo dell'impresa assicuratrice di eseguire una prestazione certa al verificarsi di un evento incerto attinente alla vita umana, con la conseguenza che anche queste polizze rientrerebbero nello schema giuridico tipico del contratto di assicurazione sulla vita. Un opposto orientamento esclude invece la

connotazione assicurativa di tali polizze, qualificandole come contratti innominati di investimento, con una causa estranea a quella tipica del contratto di assicurazione e regolati dalle norme relative all'intermediazione finanziaria. La giurisprudenza di merito ha rilevato che nelle polizze unit linked e index linked il contratto risulta sorretto da una causa mista, con prevalenza di quella finanziaria, giacché la veste di polizza sulla vita serve solo a individuare il momento in cui l'assicuratore dovrà effettuare la prestazione alla quale è obbligato: la circostanza per cui uno dei contraenti è un'impresa di assicurazione ed il contratto è stato qualificato come assicurativo non è di per sé sufficiente ad attribuire al contratto medesimo natura assicurativa quando, in sostanza, si tratta di un prodotto prevalentemente finanziario.

Ove un contratto venga riqualificato da contratto di assicurazione a contratto d'intermediazione finanziaria, trova allo stesso applicazione il T.U.F. e, in particolare, l'art. 23 che ne impone la forma scritta a pena di nullità, potendo l'assicurato ottenere, in caso di mancata stipula per iscritto, l'accertamento della nullità della polizza ed agire per la ripetizione delle somme versate. Inoltre l'impresa emittente, l'intermediario ed il promotore devono attenersi alle regole di condotta previste dall'art. 21 T.U.F. e dal regolamento Consob di attuazione: in particolare, l'intermediario deve informare il cliente circa le caratteristiche della polizza che va a sottoscrivere e valutarne, comunque, l'adeguatezza. In definitiva, la Compagnia è tenuta a informarsi e ad informare il cliente, a compiere operazioni adeguate al profilo di investitore del cliente, ad identificare ed a gestire i conflitti d'interesse.

Per stabilire la prevalenza o meno dei connotati finanziari rispetto a quelli previdenziali occorre esaminare il tipo di rischio e la sua collocazione a carico dell'assicurato piuttosto che dell'assicuratore: è quindi necessario di volta in volta, al di là del nomen iuris attribuitogli dalle parti, valutare se il contratto qualificato come assicurativo non debba invece essere qualificato come contratto d'intermediazione finanziaria.

In dottrina si è proposto di distinguere fra polizze linked garantite, linked parzialmente garantite e linked pure: nel primo caso, un'apposita clausola del contratto garantisce la restituzione dell'intero capitale al termine del periodo assicurativo, con la conseguenza che non esiste un rischio finanziario legato al capitale, ma solo all'investimento (che può produrre o meno un reddito). Tale fattispecie evidenzia una natura assicurativa-previdenziale del rapporto, che rimane dunque un contratto di assicurazione. Nel caso di polizze parzialmente garantite, occorrerà invece valutare di volta in volta la prevalenza della natura assicurativa-previdenziale oppure della natura finanziaria-speculativa, per applicare, rispettivamente, la disciplina del contratto di assicurazione o quella dei prodotti finanziari. Nelle polizze linked pure, poi, la stessa restituzione del capitale è incerta perché legata all'andamento dei mercati mobiliari, con l'ulteriore possibilità che il

valore della polizza si azzeri a causa dell'insolvenza dell'emittente: in tal caso siamo in presenza di un prodotto finanziario a tutti gli effetti.

Secondo l'odierna pronuncia della Cassazione, se viene a mancare la garanzia della conservazione del capitale alla scadenza, il prodotto oggetto dell'intermediazione deve essere considerato un vero e proprio investimento finanziario da parte degli assicurati e non una polizza assicurativa sulla vita. Mentre nel contratto d'assicurazione sulla vita il rischio è assunto dall'assicuratore, il cui margine di profitto è direttamente proporzionale alla frazione di tempo intercorrente tra la stipula del contratto e l'evento della vita in esso dedotto, nello strumento finanziario, invece, l'assicurato/investitore si accolla il rischio di investimento relativo alla somma versata a titolo di premio: la performance del prodotto è slegata dal fattore tempo, giacché dipende dalle dinamiche dei mercati mobiliari, dal rendimento del titolo e dalla solvibilità dell'emittente.

La Suprema Corte ha anche precisato che, a fronte di un contratto assicurativo sottoscritto da una persona fisica attraverso una società fiduciaria, va individuato quale investitore non già quest'ultima ma la persona fisica fiduciante, cioè l'assicurato. L'adempimento degli obblighi dell'intermediario finanziario deve essere quindi valutato nei confronti del fiduciante e non anche della società fiduciaria, in considerazione della funzione prioritaria di tali obblighi, che è quella di rimuovere le asimmetrie informative della disciplina del rapporto fra investitore e intermediario finanziario. A sostegno di questa interpretazione, la Cassazione ha richiamato le comunicazioni Consob (DI/98086703 del 4 novembre 1998 e DIN/6022348 del 10 marzo 2006) relative alla possibilità per le società fiduciarie di rendersi intestatarie di contratti di investimento e di contratti di negoziazione e raccolta ordini per conto dei propri fiducianti: secondo tali comunicazioni, l'interposizione delle società fiduciarie è consentita a patto che resti sempre e comunque preservata la diretta riferibilità al cliente-fiduciante della volontà contrattuale e delle connesse tutele. Quest'ultimo deve essere reso identificabile, anche attraverso un codice convenzionale, e l'intermediario gli deve fornire, tramite la fiduciaria, informazioni adeguate sulla natura, i rischi e le implicazioni delle operazioni o del servizio la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte d'investimento o disinvestimento; in particolare, la segnalazione dell'eventuale inadeguatezza dell'operazione deve essere indirizzata al cliente-fiduciante. La mancanza di un'adeguata informativa al cliente può comportare la risoluzione del contratto con l'assicurazione, con la restituzione del capitale versato e il relativo risarcimento dei danni. Si aggiunga che se l'ambiguità del prodotto induce in errore il risparmiatore non correttamente informato, questi potrà altresì ottenere l'annullamento del contratto per errore o dolo.

Occorre poi ricordare che la impignorabilità e la inesquestrabilità delle somme, sancite dall'art. 1923 c.c., vengono meno ove polizze vita non abbiano alcuna funzione previdenziale, ma risultino qualificabili come prodotti finanziari a tutti gli effetti.

L'assimilazione dei contratti del tipo unit o index linked agli strumenti finanziari costituisce un esito normativo ormai acquisito: si ricorda che il D.lgs. n. 303/2006 ha inserito nel comma 1 dell'art. 1 del T.U.F. (la lett. w), bis, in base alla quale per prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione si intendono le polizze e le operazioni "le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o altri valori di riferimento", riferendosi, dunque, proprio alle polizze unit o index linked. Tali polizze hanno invero tradito la ratio originaria dell'assicurazione sulla vita, il cui fine risiede nel garantire con certezza un futuro capitale o rendita: le polizze linked non solo non mirano all'accumulo di un capitale per scopo previdenziale, ma, con l'obiettivo di massimizzare il ritorno economico, addossano al contraente persino il rischio della dissipazione di quel capitale in caso di cattivo andamento del mercato mobiliare.

#### 9. Benefici fiscali, patrimoniali e successori anche per le polizze indicizzate?

La collocazione dei contratti ramo vita III e V, quali prodotti finanziari, ha innescato un dibattito giurisprudenziale e dottrinale che presenta come nodo focale la natura e la causa di queste tipologie contrattuali, e dunque la normativa loro applicabile.

Per le polizze vita: in prevalenza la normativa codicistica ed il Codice delle Assicurazioni;

Per le polizze miste o indicizzate: in prevalenza la normativa finanziaria di cui al TUF e dei regolamenti Consob, con contestuale incompatibilità con l'art. 1923 cod. civ..

##### 1. Non applicabilità dei benefici fiscali

Stante l'attuale formulazione dell'art. 34, ultimo comma DPR 601/73, modificato dalla Legge di Stabilità 2015, statuisce come sopra già indicato che "I capitali percepiti in caso di morte in dipendenza di contratti di assicurazione sulla vita, a copertura del rischio demografico, sono esenti dall'imposta sul reddito delle persone fisiche".

Così, oggi le polizze vita c.d. "miste" o indicizzate (che, oltre alla componente demografica, hanno anche una componente finanziaria), sono soggette ad imposizione fiscale mediante applicazione di un'imposta sostitutiva con aliquota del 26% per la loro componente finanziaria.

Nel caso dunque di polizze vita "miste" l'ammontare della prestazione imponibile corrisponde alla differenza tra il "valore di riscatto", che sarebbe stato riconosciuto all'assicurato, determinato al momento individuato sulla base delle condizioni

contrattuali, e l'ammontare dei premi pagati al netto di quelli corrisposti per la copertura del rischio morte.

Le prestazioni erogate a seguito del decesso dell'assicurato continuano ad essere escluse dall'imposta sulle successioni e donazioni, mentre le prestazioni erogate e non riferibili al decesso dell'assicurato sono soggette ad imposta di donazione (trattasi di donazione indiretta).

## 2. Non applicabilità dei benefici patrimoniali

A tal riguardo è stata più volte dichiarata la pignorabilità di polizze index linked ritenendo che le stesse non avrebbero funzione previdenziale, ma avrebbero invece contenuto finanziario rientrando nella sfera delle nuove forme di investimento così differenziandosi dalle classiche polizze vita.

Tale impostazione non è comunque da considerarsi univoca, soprattutto in considerazione della possibile varietà di tipi di polizze unit linked.

In punto, è poi intervenuta la Corte di Cassazione precisando che: “In tema di contratto di assicurazione sulla vita [...] “unit linked”, il giudice di merito [...] deve interpretare il contratto [...] al fine di stabilire se esso, al di là del “nomen iuris” attribuitogli sia da identificare come polizza assicurativa sulla vita (in cui il rischio avente ad oggetto un evento dell'esistenza dell'assicurato è assunto dall'assicuratore) oppure si concreti nell'investimento in uno strumento finanziario (in cui il rischio di “performance” sia per intero addossato all'assicurato) “ Cass. n. 6061/2012.

Ciò determina l'inapplicabilità a tali polizze indicizzate dell'art. 1923 cod. civ. che stabilisce il divieto di azioni esecutive e cautelari delle somme dovute dall'assicuratore al contraente o beneficiario di una polizza vita, con conseguente pignorabilità e possibilità di sequestro.

## 3. Non applicabilità dei benefici successori

La Corte di Cassazione ha con la sentenza n. 3263/2016 ha statuito che le polizze vita con contenuto finanziario devono essere qualificate come “donazioni indirette” a favore dei beneficiari delle polizze stesse.

Esse dunque saranno soggette al regime delle donazioni applicabile in caso di successione del contraente con contestuale applicabilità dell'imposta di donazione e del regime codicistico per le problematiche successorie.

#### 10. Corte di cassazione, ordinanza n. 10333/2018

Secondo la Corte di Cassazione, (ordinanza n. 10333/2018) le polizze unit linked e index linked rappresentano investimenti finanziari, e non polizze assicurative sulla vita, se non garantiscono, alla scadenza, la restituzione del capitale investito.

Per la Cassazione, se viene a mancare la garanzia della conservazione del capitale alla scadenza, il prodotto oggetto dell'intermediazione deve essere considerato un vero e proprio investimento finanziario da parte degli assicurati e non una polizza assicurativa sulla vita.

Mentre nel contratto d'assicurazione sulla vita il rischio è assunto dall'assicuratore, il cui margine di profitto è direttamente proporzionale alla frazione di tempo intercorrente tra la stipula del contratto e l'evento della vita in esso dedotto, nello strumento finanziario, invece, l'assicurato/investitore si accolla il rischio di investimento relativo alla somma versata a titolo di premio: la performance del prodotto è slegata dal fattore tempo, giacché dipende dalle dinamiche dei mercati mobiliari, dal rendimento del titolo e dalla solvibilità dell'emittente.

Sotto un diverso profilo la Cassazione ha inoltre stabilito che, in materia di intestazione fiduciaria di polizze, l'investitore non è la società fiduciaria ma la persona fisica fiduciante, l'adempimento degli obblighi dell'intermediario finanziario devono essere valutati nei confronti di quest'ultimo, e non nei confronti della società fiduciaria, avuto riguardo alla precipua funzione di rimozione delle asimmetrie informative della disciplina del rapporto fra investitore e intermediario finanziario. (Nel caso concreto il giudice di merito ha coerentemente accertato il mancato assolvimento degli obblighi informativi e di comportamento rispetto a operazione finanziaria non adeguata, previsti dal regolamento Consob n. 11522 del 1998, con riferimento alla persona fisica dell'investitore e non alla società fiduciaria.)

#### 11. Conclusione

Come abbiamo visto, le polizze vita sono un utile strumento di pianificazione patrimoniale.

Esse erogano un capitale non facente parte dell'asse ereditario del contraente, possono designare chiunque come beneficiario, hanno molteplici vantaggi fiscali (esenzione IRPEF ed esenzione dalle imposte di successione) e non possono essere né pignorate, né sequestrate.

Per godere di tali vantaggi, le polizze vita devono però essere qualificate come "pure" e dunque non essere indicizzate o perlomeno, prevedere una componente finanziaria alquanto ridotta dovendo sempre garantire, alla scadenza, la restituzione del capitale

investito. Nel caso contrario, le polizze indicizzate finanziariamente, come le unit linked e index linked, che alla scadenza non garantiscono la restituzione del capitale investito, saranno qualificate come strumenti finanziari e non potranno godere delle agevolazioni sopra indicate.

### **17. La Clausola CLAIMS MADE**

La clausola claims made pura prevede, che i sinistri coperti dalla polizza siano quelli denunciati sotto la vigenza della medesima a prescindere dal momento del verificarsi del fatto lesivo; quella impura prevede invece che sia il fatto lesivo che la denuncia debbano avvenire sotto la vigenza del contratto.

Le problematiche sollevate riguardano la possibile vessatorietà di tali clausole nonché l'immeritevolezza dei fini perseguiti dalle parti.

Di seguito una sintesi della considerazioni espresse nelle due sentenze.

Sulla clausola claims made pura

Per quanto concerne la claims made pura i principali rilievi critici riguardano la limitazione del rischio rispetto al modello normativo previsto dall'art. 1917 c.c.. Il rischio garantito sarebbe infatti la responsabilità reclamata e non la responsabilità civile che non necessariamente coincidono potendo verificarsi che ad un fatto lesivo non faccia seguito alcuna richiesta.

La Corte di Cassazione ha tuttavia escluso, con la pronuncia del 2016, la vessatorietà di tale clausola poiché lo scopo dell'assicurazione per la responsabilità civile e quello di tenere indenne il patrimonio dell'assicurato da richieste risarcitorie. La clausola claims made specifica la tipologia di rischio coperto e non realizza alcuno squilibrio normativo tra assicuratore e assicurato.

Ci sono tuttavia margini per ravvisare la vessatorietà nel singolo rapporto qualora l'inserimento della clausola realizzi, avuto riguardo all'intero assetto contrattuale, un significativo squilibrio normativo tra le parti. Ovviamente nel caso di rapporto tra consumatore e professionista troverà applicazione la tutela di natura sostanziale prevista dal codice del consumo, nel caso di rapporti tra professionisti la tutela sarà quella formale prevista dall'art. 1341 c.c.. Con la recentissima pronuncia la Corte ha inoltre chiarito che le parti possono prevedere un concetto di sinistro diverso da quello previsto dalla legge purché ciò realizzi la copertura di un rischio apprezzabile che non faccia venir meno lo scopo pratico del contratto.

Sulla clausola claims made mista o impura

Con riguardo alle clausole claims made miste o impure la giurisprudenza ha escluso la vessatorietà poiché con esse non si va ad incidere sulla tipologia del rischio garantito, bensì viene circoscritto l'oggetto del contratto attraverso la definizione dei sinistri indennizzabili. Le questioni sollevate riguardano l'eccessiva limitazione dei sinistri risarcibili con conseguente censurabilità sotto il profilo della meritevolezza degli interessi perseguiti ai sensi dell'articolo 1322 del codice civile.

L'eccessiva limitazione del rischio rileva, in particolar modo, nell'ambito assicurativo per la responsabilità civile derivante dall'esercizio di numerose professioni mediche, le quali, qualora non correttamente eseguite, conducono a sviluppi patologici di gran lunga successivi all'intervento o alla somministrazione della terapia; l'inserimento di una clausola claims made potrebbe portare ad una copertura del rischio troppo limitata considerando che, alla luce delle recenti pronunce, tanto la richiesta del terzo che la denuncia dell'assicurato devono avvenire durante la vigenza della polizza.

Secondo l'orientamento, ormai consolidato con l'ultima pronuncia della Corte di Cassazione, l'inserimento di una clausola claims made rientra nell'autonomia negoziale delle parti, non essendo ontologicamente incompatibile con la piena validità del contratto; occorre tuttavia valutare la meritevolezza caso per caso.

Conclusioni La Corte, nella sua ultima sentenza, si richiama agli obblighi informativi precontrattuali previsti dal Codice delle assicurazioni (articoli 120, 166, 183-187) e a quanto espresso nell'articolo 183 del medesimo, il quale obbliga le assicurazioni a fornire ai clienti contratti adeguati.

In riferimento al singolo rapporto contrattuale e all'assetto di interessi complessivo stabilito dalle parti, residuando ampi margini per l'operatività di rimedi come la nullità totale o parziale per difetto di causa concreta, l'annullabilità per vizi del consenso o il risarcimento del danno precontrattuale in caso di informativa inadeguata.

Si tratterà di valutare se il contratto nel suo complesso fornisce una copertura assicurativa adeguata anche in relazione all'importo del premio ad altre clausole inserite nel contratto.

Non è infrequente infatti che l'inserimento della clausola claims made venga temperato dall'inserimento di altre clausole come quella di retroattività o di ultrattività che contribuiscono a rendere il contratto nel suo complesso idoneo alla tutela del rischio a cui è esposto l'assicurato; la deeming clause consente all'assicurato di comunicare all'assicuratore, ai fini dell'operatività della polizza, circostanze conosciute in corso di contratto dalle quali potrebbe originarsi la richiesta risarcitoria. Leggi l'articolo completo: <https://giuricivile.it/clausole-claims-made-quando-sono-vevessorie-secondo-le-sezioni-unite/>

**18.Negoziazione assistita in materia civile: casi e questioni**  
**Michele Ruvolo – Giudice del Tribunale di Palermo**  
**Scuola Superiore Magistratura**

Sommario: 1. Cos'è la negoziazione assistita? 2. Come si svolge il procedimento di negoziazione assistita? 3. Casi e particolarità della negoziazione assistita obbligatoria; 4. Le controversie soggette a negoziazione assistita obbligatoria; Cosa deve intendersi per "controversie in materia di..."? 5. Le principali questioni in tema di negoziazione assistita relativa a sinistri stradali; In materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli natanti quali sono i rapporti tra la condizione di procedibilità di cui alla legge 162/14 e la condizione di proponibilità della domanda di cui all'art. 145, commi 1 e 2, D.lgs. 209/2005 (c.d. Codice delle assicurazioni)? Rientra nella negoziazione assistita obbligatoria il caso della domanda risarcitoria per danni derivanti a motociclisti o automobilisti da buche presenti sul manto stradale? Rientra nella negoziazione assistita obbligatoria (in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli) il caso della domanda risarcitoria per danni derivanti dal contratto di trasporto su mezzi pubblici o privati? Rientrano tra le azioni in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti soggette a negoziazione assistita obbligatoria anche le domande relative ai contratti assicurativi? 6. I procedimenti esclusi. 6.1. Negoziazione e procedimenti cautelari; Si deve attivare il procedimento di negoziazione assistita dopo il procedimento ex art. 669 bis e prima del giudizio di merito? È escluso il procedimento sommario di cognizione? È sempre esclusa la domanda monitoria? 7. Gli esiti della negoziazione assistita; 8. I possibili vizi, contenuti e sviluppi della convenzione di negoziazione assistita o dell'accordo. Cosa succede se nella convenzione di negoziazione assistita si prevede un termine di durata della negoziazione superiore ai 3 mesi? Cosa succede se nella convenzione di negoziazione assistita si prevede di negoziare anche su diritti indisponibili? Cosa succede se l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita coinvolge anche diritti indisponibili? Che cosa succede se l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita è successivo a qualche vizio della procedura di negoziazione? Che efficacia ha una clausola di negoziazione assistita inserita in un contratto per la risoluzione di future controversie? Sono ipotizzabili forme di responsabilità precontrattuale o contrattuale relativamente alla convenzione di negoziazione assistita? 9. Negoziazione assistita e patrocinio a spese dello Stato; 10. Le prospettate questioni di legittimità costituzionale; **NEGOZIAZIONE E PROCESSO.** 11. Il rilievo dell'improcedibilità da parte del giudice. Cosa succede se gli avvocati delle parti si accordano per evitare la procedura di negoziazione ed adire direttamente il giudice con l'intesa di non eccepire l'improcedibilità dell'azione e confidando nel mancato rilievo officioso del giudice? Nel caso in cui la prima udienza si strutturi materialmente in più udienze il rilievo officioso deve farsi alla prima di queste o anche nelle altre? Cosa deve fare il giudice in caso di mancata certificazione dell'autografia della firma da parte degli avvocati nell'accordo o di mancata certificazione della firma della parte nell'invito? Cosa accade se l'invito è inviato non alla parte ma all'avvocato con il quale era già in corso una corrispondenza informale? Cosa deve fare il giudice se nell'invito manca l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro 30 giorni o il suo rifiuto può essere dal giudice valutato ex artt. 96 e 642 c.p.c.? Quale può essere la valutazione giudiziale del comportamento dell'invitato di accettazione o di rifiuto dell'invito? Il

giudice deve verificare che l'invito sia stato regolarmente portato a conoscenza dell'altra parte? Cosa succede se si ritiene non corretta tale comunicazione? Il giudice deve verificare la corrispondenza oggettiva tra la domanda giudiziale e l'oggetto del tentativo di conciliazione? Cosa deve fare il giudice se verifica che le parti non hanno rispettato il termine di 15 giorni da lui concesso per l'invio della comunicazione? Quesito: nei casi in cui la domanda relativa a controversia rientrante nella negoziazione obbligatoria viene formulata con ricorso il giudice che verifica l'assenza della condizione di procedibilità deve fissare udienza senza nulla dire sulla negoziazione o, nel fissare udienza, rileva l'improcedibilità, fissa udienza oltre il termine massimo della procedura di negoziazione e concede il termine di 15 giorni per comunicare l'invito? 12. A quali condizioni può ritenersi adempito l'ordine del giudice. Va richiesta la partecipazione effettiva delle parti nella procedura di negoziazione assistita? 13. Negoziazione assistita obbligatoria e domande connesse. Si può disporre una negoziazione assistita ex officio iudicis? Se proposte più domande di cui solo una o alcune soggette a negoziazione assistita obbligatoria? e se riunite cause connesse in cui solo alcune delle domande sono soggette a negoziazione assistita obbligatoria? 14. La durata del procedimento di negoziazione assistita e le conseguenze in ambito processuale; Quesito: cosa succede se il procedimento di negoziazione dura più del termine massimo fissato dalle parti o di quello legale di 3 mesi prorogabili per altri 30 giorni? 15. La riservatezza nel procedimento di negoziazione assistita; La riservatezza del procedimento di negoziazione assistita può limitare il diritto alla prova in sede giudiziale? 16. Sanzioni. Spese. Responsabilità aggravata e provvisoria esecuzione. Quando il giudice può fare ricorso alla responsabilità aggravata o alla provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo? Può valutarsi negativamente la condotta della mancata risposta all'invito alla negoziazione assistita o del suo rifiuto? Può applicarsi alla negoziazione assistita obbligatoria la sanzione prevista per la mancata ed ingiustificata comparizione in sede di mediazione? 17. Negoziazione assistita e contraddittorio. Che cosa succede se non viene garantito il litisconsorzio necessario nella fase della negoziazione assistita? Sussiste la condizione di procedibilità se non viene fatta al proprietario del mezzo danneggiante la comunicazione dell'invito alla stipula della convenzione di negoziazione? Quali sono, con riferimento alla negoziazione assistita ed alla relativa condizione di procedibilità, i rapporti tra il principio della ragionevole durata del processo ed il principio del contraddittorio? 18. La necessità o meno dell'esperimento del procedimento di mediazione in relazione alle domande riconvenzionali ed alle chiamate di terzo; Le riconvenzionali inedite e la negoziazione assistita obbligatoria; La reconventio reconventionis, la chiamata di terzo e le domande trasversali; 19. Altre questioni in tema di negoziazione assistita e processo. Nella negoziazione assistita in tema di sinistri stradali le parti ed i loro avvocati possono avvalersi dell'opera di un esperto? Può prodursi nel giudizio civile la consulenza svolta nel procedimento di negoziazione assistita?

Nella Gazzetta ufficiale del 10 novembre è stata pubblicata la legge 162/2014 (che ha convertito in legge il decreto legge 132/2014) ed ha, tra le altre cose, introdotto, quale nuovo ed ulteriore strumento per la risoluzione dei conflitti e delle controversie in via stragiudiziale, la procedura di negoziazione assistita da un avvocato.

Così come è stato per la mediazione, anche in questo caso l'obiettivo è di definire parte delle controversie fuori dalle aule giudiziarie.

### **1. Cos'è la negoziazione assistita?**

La negoziazione assistita è un procedimento che può condurre prima alla sottoscrizione ad opera delle parti di un accordo (c.d. convenzione di negoziazione) mediante il quale esse convengono di cooperare per risolvere in modo stragiudiziale e tramite avvocati una lite che è tra di loro insorta e che riguarda diritti disponibili, nonché, in un secondo momento, alla successiva attività di negoziazione vera e propria, che può sfociare in un altro accordo (compositivo della lite) che, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Il procedimento di negoziazione assistita può essere facoltativo o obbligatorio. Nel primo caso il ricorso al procedimento in questione viene liberamente scelto dalle parti. Rientra nella negoziazione assistita facoltativa anche quella in tema di famiglia.

La negoziazione assistita è obbligatoria ex lege, invece, nei casi in cui essa è imposta dalla legge. La disciplina della negoziazione assistita è in molti suoi punti strutturata secondo quanto già previsto nel d.lgs. n. 28 del 2010 in tema di mediazione.

### **2. Come si svolge il procedimento di negoziazione assistita?**

Quando viene conferito l'incarico all'avvocato questi deve informare (e ciò costituisce dovere deontologico, senza comunque conseguenze processuali) il proprio cliente della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita. A questo punto se la parte sceglie, nei casi di negoziazione facoltativa, di fare ricorso al procedimento di negoziazione, allora l'avvocato (e può trattarsi anche di cd. avvocato stabilito ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96, e ciò in ossequio a quanto affermato dalla Corte Giust. UE, Grande Sezione, sentenza 17 luglio 2014) formulerà alla controparte un invito a stipulare una convenzione di negoziazione indicando l'oggetto della controversia (che non può concernere né diritti indisponibili né cause lavoristiche) e avvertendo l'altra parte del fatto che la sua eventuale mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto potrebbe in futuro essere valutato dal giudice ai fini della determinazione del regime delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli artt. 96 (in materia di responsabilità aggravata della parte) e 642, comma 1 (relativo ai casi in cui il giudice deve concedere l'esecuzione provvisoria al decreto ingiuntivo) del codice di procedura civile.

Tale ultimo avvertimento è finalizzato a favorire la serietà del tentativo di conclusione dell'accordo.

Inoltre, l'invito in questione deve anche contenere la certificazione dell'autografia della firma apposta all'invito ad opera dell'avvocato che formula l'invito.

In merito agli effetti dell'invito in questione si noti che, al fine di impedire che il tempo necessario allo svolgimento della procedura in questione possa risultare

pregiudizievole per la parte il cui diritto sia prossimo alla prescrizione, è stato previsto che già la semplice comunicazione dell'invito (ma ciò vale anche per la sottoscrizione della convenzione) incide sulla prescrizione in quanto produce, con riferimento ad essa, gli stessi effetti della domanda giudiziale. Inoltre, dallo stesso momento è impedita, per una sola volta, la decadenza. Se però l'invito è rifiutato o non è accettato entro 30 giorni dalla ricezione allora la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dall'eventuale rifiuto (in ipotesi di espresso rigetto dell'invito) ovvero dalla mancata accettazione dell'invito nel termine (in caso di mancata risposta) ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli avvocati (in ipotesi di convenzione conclusa ma con mancato successivo accordo sul merito della controversia).

Dopo l'invito in questione è quindi possibile stipulare la "convenzione di negoziazione" che, evidentemente, altro non è che un accordo tra le parti tramite il quale queste pattuiscono di "cooperare in buona fede e con lealtà" per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati.

In particolare, secondo la definizione normativa "la convenzione di negoziazione assistita da un avvocato è un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo anche ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96". Tramite l'introduzione di questo tipo di convenzione non si vuole che le parti si obblighino a pervenire ad una definizione stragiudiziale della controversia, ma soltanto che esse si impegnino a "cooperare in buona fede e con lealtà" per tentare di definire bonariamente la loro controversia. Si tratta di un contratto che impegna le parti a negoziare al fine di trovare una composizione della lite.

Il testo legislativo precisa che sono tenute ad affidare la convenzione di negoziazione alla propria avvocatura le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, e cioè, fra l'altro, tutte le amministrazioni dello Stato, le Regioni, le Province, i Comuni, le comunità montane, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, nonché le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale.

Con riferimento alla natura giuridica della detta convenzione di negoziazione va ora rilevato che essa rientra tra i negozi compositivi della lite e, in particolare, tra le transazioni se si considera che, come tutte le transazioni, la causa della convenzione di negoziazione è quella di porre fine a una controversia relativa a diritti disponibili. Tuttavia, a differenza delle normali transazioni, la convenzione di negoziazione può essere conclusa anche in assenza di reciproche concessioni. Inoltre, essa richiede sempre l'assistenza di un avvocato (e ne basta anche uno solo, salvo che nella materia della famiglia, visto il definitivo testo del comma 5 dell'art. 2), che gestisce la procedura negoziativa.

Trattandosi, quindi, di un particolare tipo di transazione, risulta applicabile la disciplina in tema di transazione se non espressamente derogata dalle norme sulla negoziazione assistita. Conseguentemente, ad esempio, se viene stipulata una convenzione di negoziazione in materia di dritti indisponibili, allora la convenzione sarà nulla ex art. 1967 comma II c.c. Chiaramente, infatti, per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite (art. 1966, comma I, cod. civ.).

Sono poi previsti particolari requisiti formali per la convenzione di negoziazione, la quale deve essere redatta in forma scritta a pena di nullità, deve essere sottoscritta dalla parti e dagli avvocati, i quali certificano l'autografia delle sottoscrizioni, e deve indicare il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura (termine che non può comunque essere inferiore ad un mese né superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo tra le parti) nonché l'oggetto della controversia (che non deve riguardare diritti indisponibili, né, come aggiunto in sede di conversione, vertere in materia di lavoro).

### **Cosa succede se manca uno dei citati requisiti di forma?**

Deve ritenersi che in questo caso l'accordo potrà valere, se ne ricorrono comunque i requisiti, come normale transazione (v. sul punto v. G. Buffone, *Processo civile: tutte le novità* (d.l. 132/2014, conv. Con mod., in l. 162/2014), in *Il Civilista*, Giuffrè, 2014) e ciò anche in considerazione di quanto stabilito dall'art. 1424 cod. civ. Si pensi al caso del difensore che non certifichi l'autografia delle sottoscrizioni o all'accordo concluso senza l'assistenza di un avvocato iscritto all'albo o all'accordo non sottoscritto dai difensori che le hanno assistite.

Tuttavia, tale mancata certificazione, così come l'eventuale mancanza di certificazione in ordine alla conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, potrebbe essere ostativa all'esecutività del patto. In questo caso l'accordo potrebbe non valere come titolo esecutivo ex art. 5 legge 162/14.

Inoltre, se le parti omettono di indicare il termine per lo svolgimento della procedura di negoziazione tale omissione non comporta alcuna nullità dovendosi comunque ritenere applicabile il termine massimo di tre mesi previsto dalla legge.

In ogni caso, è da ritenere che anche le altre irregolarità non impediscono alle parti di andare avanti con la negoziazione.

Inoltre, relativamente alle materiali modalità di stipulazione della convenzione di negoziazione sembra fin troppo evidente che essa, integrando un normale contratto, possa essere redatta o contestualmente dalle parti o tramite lo scambio di proposta e di controproposta ex art. 1326 c.c. (v. anche Porracciolo-Tona, *Guida alla nuova giustizia civile*, in *Guida al diritto-Il Sole 24 ore*, novembre 2014, pag. 12).

Una volta stipulata la convenzione di negoziazione, si potrà procedere all'espletamento della procedura di negoziazione, che deve essere ovviamente svolta con l'assistenza degli avvocati che, così come le parti, sono tenuti a comportarsi con lealtà e devono tenere riservate le informazioni ricevute dall'altra parte. In particolare, le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto.

Inoltre, i difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite. La violazione di tali regole di condotta costituisce per l'avvocato illecito disciplinare.

All'esito dello svolgimento del procedimento di negoziazione è possibile che le parti non riescano ad addivenire ad un accordo. In questo caso va redatta la dichiarazione di mancato accordo che gli avvocati designati certificano.

Se, invece, si riesce a raggiungere un accordo compositivo della controversia (che deve essere conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico) questo viene sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono e costituisce così titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

In questo contesto di redazione dell'accordo, così come in quello precedente di svolgimento del procedimento di negoziazione, è essenziale il ruolo dell'avvocato, il quale, tra le altre cose, certifica la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico e l'autografia delle firme (anche se quando con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato).

Inoltre, l'accordo che compone la controversia deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'articolo 480, comma 2, c.p.c. E poiché le indicazioni che devono essere trasfuse nel precetto in base al citato art. 480 c.p.c. sono previste «a pena di nullità», allora anche la trascrizione dell'accordo che compone la controversia è richiesta ad substantiam.

Visto il relevantissimo ruolo svolto dall'avvocato in sede di negoziazione, si è previsto che il legale che impugni un accordo alla cui redazione ha partecipato commette illecito deontologico.

### **3. Casi e particolarità della negoziazione assistita obbligatoria.**

In alcuni casi il previo espletamento della procedura di negoziazione assistita costituisce condizione di procedibilità della domanda. Ciò a decorrere dall'11 novembre 2014. Si tratta delle ipotesi di negoziazione assistita obbligatoria, che ricalcano, a livello di disciplina, le previsioni in tema di c.d. mediazione obbligatoria. Come in quest'ultima, infatti, in relazione a talune fattispecie il procedimento di negoziazione assistita deve essere esperito a pena di improcedibilità della domanda giudiziale.

Sono stati così introdotti altri casi di giurisdizione c.d. condizionata, in cui, cioè, chi vuole fare ricorso al giudice deve prima sperimentare un preliminare ricorso ad un meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale. È un meccanismo attraverso il quale il legislatore pensa di poter fornire una reale spinta deflattiva (assegnando all'autorità giudiziaria solo le controversie non componibili) e di consentire una rapida definizione delle liti.

Due sono i casi in cui una parte ha l'obbligo, a pena di improcedibilità della domanda, di invitare, tramite l'avvocato, l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita:

1) quando si vuole esercitare in giudizio un'azione in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti (non più rientrante tra i casi di mediazione obbligatoria dopo la riforma operata dal d.l. n. 69 del 2013, convertito in l. n. 98 del 2013);

2) quando si vuole proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti 50.000 euro, ad eccezione delle controversie assoggettate alla disciplina della c.d. mediazione obbligatoria<sup>1</sup>.

In questi due casi in cui la procedura di negoziazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la parte, come detto, deve, tramite il suo avvocato, invitare la controparte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Comunque, la condizione si considera avverata se l'invito non è seguito da adesione o è seguito da rifiuto entro trenta giorni dalla sua ricezione ovvero quando è decorso il periodo concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, comprensivo di eventuale proroga.

L'invito a stipulare la convenzione deve indicare l'oggetto della controversia e contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile. È l'avvocato che formula l'invito che certifica l'autografia della firma apposta allo stesso invito.

Affinché il giudice possa ritenere correttamente formata la condizione di procedibilità basta che i difensori producano in causa la dichiarazione di mancato accordo, certificata dai difensori medesimi, ovvero che l'avvocato che introduce la lite provi l'avveramento della condizione di procedibilità producendo, quindi, un invito contenutisticamente idoneo.

Evidentemente, invece, risulta ostativo al formarsi della procedibilità della domanda un invito che non indichi l'oggetto del controversia o che non contenga gli avvertimenti previsti dalla legge o che non sia stato correttamente comunicato al destinatario.

Come nel caso di mancato previo esperimento del procedimento di negoziazione assistita, anche il non idoneo svolgimento dello stesso comporta l'improcedibilità della domanda giudiziale, che deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza (che nel rito ordinario di cognizione è l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.), al termine della quale il giudice assegna alle parti il termine di 15 giorni per la comunicazione dell'invito a stipulare la convenzione e, contestualmente, fissa la successiva udienza (nella cui determinazione egli deve evidentemente tenere conto della possibilità che le parti utilizzino per intero il termine massimo di tre mesi nonché la proroga di 30 giorni).

Diversa è l'ipotesi in cui alla prima udienza il giudice verifica che la negoziazione assistita è già iniziata, ma non si è conclusa, ipotesi nella quale il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine previsto dalle parti nella convenzione stessa per la durata della procedura di negoziazione e che, come detto, non può essere inferiore a un mese né superiore a tre mesi.

Comunque, la condizione di procedibilità si considera avverata se l'invito non è seguito da adesione o è seguito da rifiuto entro 30 giorni dalla sua ricezione ovvero quando è decorso il periodo di tempo previsto dalle parti nella convenzione per la durata della procedura di negoziazione.

In ogni caso la negoziazione non è condizione di procedibilità della domanda giudiziale quando la parte può stare in giudizio personalmente così come non lo è per le controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori (art. 3 legge 162/14).

Va ora evidenziato che la disciplina sopra esposta non si applica con riferimento ad alcuni procedimenti, che sono:

- a) i procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione;
- b) i procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite di cui all'articolo 696 bis del codice di procedura civile;
- c) i procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- d) i procedimenti in camera di consiglio;
- e) i procedimenti riguardanti l'azione civile esercitata nel processo penale.

Inoltre, l'obbligatorietà dell'esperimento del procedimento di negoziazione assistita "non preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale".

#### **4. Le controversie soggette a negoziazione assistita obbligatoria.**

La prima, e forse più importante, questione interpretativa che si deve affrontare è quella relativa all'ambito di estensione della negoziazione assistita obbligatoria. In proposito è doveroso ricordare che l'art. 3, comma 1, della legge 162/2014 prevede la negoziazione assistita obbligatoria (e, quindi, il previo esperimento del tentativo di conciliazione tra le stesse parti assistite da avvocati quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale) ogni qual volta si voglia far valere in giudizio una pretesa afferente ad una certa (e legislativamente individuata) materia.

La formula impiegata è quella per cui "chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti" e "chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro" devono, tramite il loro avvocato, "invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita". Analogamente a quanto fa l'art. 5, comma 1 bis, del d.lgs. 28/10 con riferimento alla mediazione obbligatoria, anche l'art. 3 della legge 162/14 prevede con riferimento ai sinistri stradali una condizione di procedibilità in caso di esperimento giudiziale di "un'azione relativa a una controversia in materia di...".

#### **Quesito: cosa deve intendersi per "controversie in materia di..."?"**

Tale formula è identica a quella impiegata dall'art. 447 bis c.p.c. per il rinvio a talune disposizioni del rito lavoro in relazione alle "controversie in materia di locazione e di comodato di immobili urbani e di affitto di aziende".

Ora, è pacifico in giurisprudenza che la formula "controversie in materia di" è più ampia della formula "controversie di". Una controversia in materia di locazione può

riguardare anche liti non strettamente dipendenti dal contratto di locazione, ma in qualche modo collegate allo stesso. Ecco che, ad esempio, è una “controversia in materia di locazione” anche quella (ex art. 2932 c.c.) relativa al preliminare di locazione o alla responsabilità precontrattuale connessa alla stipula di un contratto di locazione (v. Cass. 581/03; 4873/2005 e 15110/2007).

### **Giurisprudenza rilevante**

“Tra le controversie ‘in materia di locazione’, attribuite dagli artt. 21 e 447-bis c.p.c. alla competenza territoriale inderogabile del giudice in cui si trova l'immobile, devono ritenersi comprese, data l'ampiezza della nozione di "materia", tutte le controversie comunque collegate alla materia della locazione, e quindi anche quelle nelle quali si controverte in ordine ad un rapporto ancora da costituire, ma di cui si invoca la costituzione ai sensi dell'art. 2932 c.c. sulla base di un contratto preliminare" (Cass., sez. I, ord. 16 gennaio 2003, n. 581; v., analogamente, Cass., sez. III, ord. 7 marzo 2005, n. 4873, in materia di domanda volta a “far dichiarare l'opponibilità, all'aggiudicatario di un immobile destinato ad albergo, del contratto d'affitto di azienda stipulato tra il proprietario originario ed un precedente dante causa dell'attuale affittuario”; v. anche Cass., sez. III, ord. 4 luglio 2007, n. 15110).

È comunque ora opportuno osservare che le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio, garantito dall'art. 24 Cost., non possono essere interpretate in senso estensivo (v. Cass. 967/04).

### **Giurisprudenza rilevante**

#### **Sez. L, Sentenza n. 967 del 21/01/2004 (Rv. 569540)**

Premesso che le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio, garantito dall'art. 24 Cost., non possono essere interpretate in senso estensivo, deve ritenersi che, ai fini dell'espletamento del tentativo di conciliazione, il quale ai sensi dell'art. 412 cod. proc. civ. costituisce condizione di procedibilità della domanda, sia sufficiente, in base a quanto disposto dall'art. 410-bis cod. proc. civ., la presentazione della richiesta all'organo istituito presso le Direzioni provinciali del lavoro, considerandosi comunque espletato il tentativo di conciliazione decorsi sessanta giorni dalla presentazione, a prescindere dall'avvenuta comunicazione della richiesta stessa alla controparte. Tale comunicazione è invece necessaria, ai sensi dell'art. 410, comma secondo, cod. proc. civ., perché si verifichi la interruzione della prescrizione e la sospensione, per il periodo ivi indicato, di ogni termine di decadenza.

Ora, poiché il primo comma dell'art. 3 della legge 162/14 è una disposizione che prevede una condizione di procedibilità, anche per tale primo comma va esclusa un'interpretazione estensiva.

Bisogna, quindi, tenere conto, da un lato, dell'ampiezza della locuzione “controversie in materia di” e, dall'altro lato, dell'impossibilità di operare un'ampia interpretazione di tale locuzione.

#### **5. Le principali questioni in tema di negoziazione assistita relativa a sinistri stradali.**

La disciplina normativa della negoziazione assistita quale condizione di procedibilità delle domande giudiziali in materia di sinistri stradali pone a livello processuale molte questioni, alcune delle quali simili a quelle che sono state già affrontate con riferimento al procedimento di mediazione.

### **Quesito**

In materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli natanti quali sono i rapporti tra la condizione di procedibilità di cui alla legge 162/14 e la condizione di proponibilità della domanda di cui all'art. 145, commi 1 e 2, D.lgs. 209/2005 (c.d. Codice delle assicurazioni)?

Anche l'attività precontenziosa prevista dal Codice delle assicurazioni mira ad evitare la causa ed incide sull'azione (rendendo la domanda improponibile anche se non improcedibile come invece accade con la disciplina sulla negoziazione assistita).

Tuttavia, i due istituti sembrano potere convivere.

La raccomandata con la quale si chiede il risarcimento del danno alla compagnia di assicurazioni è sì imposta normativamente (così come è imposta l'attesa di 60 o 90 giorni prima di potere proporre la domanda giudiziale), ma non è affatto diversa da tutte quelle altre raccomandate contenenti le più svariate richieste che normalmente precedono l'instaurazione di un giudizio.

Come queste ultime (se relative a materie rientranti tra quelle assoggettate a negoziazione assistita obbligatoria), anche quella in tema di sinistri stradali dovrà essere seguita, in caso di silenzio o di risposta negativa del destinatario della richiesta extragiudiziale, dal procedimento di negoziazione assistita prima di potere (eventualmente) pervenirsi alla lite giudiziale.

Peraltro, un supporto testuale alla soluzione appena indicata si rinviene nell'art. 3, comma 5 del decreto legge, che prevede, con riferimento al caso dei rapporti tra negoziazione assistita c.d. obbligatoria ed altri procedimenti conciliativi, che “restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati”; disposizione così modificata in sede di conversione nella legge 162/14: “restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati. Il termine di cui ai commi 1 e 2, per materie soggette ad altri termini di procedibilità, decorre unitamente ai medesimi”.

In questo modo si è voluto evitare che la proposizione della domanda giudiziale potesse subire eccessivi rallentamenti a causa della necessità di attendere, per il ricorso alla negoziazione assistita, che fossero prima decorsi i termini di procedibilità previsti da altre normative. Certo, è vero che l'art. 145, commi 1 e 2, D.lgs. 209/2005 (c.d. Codice delle assicurazioni) contempla un condizione di proponibilità e non di procedibilità. Tuttavia, ricorrendo la medesima ratio sopra indicata, la soluzione normativa sulla contestuale decorrenza dei termini deve ritenersi valevole anche per il caso di specie.

In altri termini, sembra possibile, nello stesso periodo di tempo, inviare una raccomandata alla Compagnia di assicurazioni contenente la richiesta risarcitoria e inviare al contempo l'invito per la stipula della convenzione di negoziazione. Non

essendo richiesto che le due condizioni (di proponibilità e di procedibilità) debbano sussistere in sequenza l'una rispetto all'altra, è quindi forse da credere che ciò che importa è che si verifichi la sussistenza delle stesse, a prescindere dal loro sviluppo temporale. Ed è verosimile che spesso, per evitare perdite di tempo, si intrecceranno le due procedure se anche si considera che la citazione non può essere notificata prima del decorso dei 60 o 90 giorni previsti per la condizione di proponibilità di cui all'art. 145 Cod. ass. mentre può essere notificata anche prima dell'instaurazione del procedimento di negoziazione assistita o anche prima del decorso del termine di 3 mesi (prorogabile di 30 giorni) di durata massima del procedimento di negoziazione assistita.

Il problema che può porsi è quello relativo al possibile rifiuto da parte della Compagnia di Assicurazioni di stipulare la convenzione di negoziazione assistita motivato alla luce della mancata decorrenza dello *spatium deliberandi* previsto per la condizione di proponibilità di cui all'art. 145 Cod. ass.

### **Quesito**

Rientra nella negoziazione assistita obbligatoria il caso della domanda risarcitoria per danni derivanti a motociclisti o automobilisti da buche presenti sul manto stradale?

Al riguardo va ricordato quell'orientamento giurisprudenziale che si è formato in merito alla competenza del giudice di pace per le cause, sostanzialmente identiche a quelle cui fa riferimento la legge 162/14 in tema di "risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti".

Si è affermato che la controversia relativa ai c.d. danni da buca non è una "causa di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli" visto che la c.d. "insidia stradale" si ricollega alla circolazione solo tramite un nesso di occasionalità e non di causalità efficiente.

Ed invero, perché si possa ritenere applicabile la disciplina di cui all'art. 7, comma 2, c.p.c. (sulla competenza del giudice di pace per le cause di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti con valore non superiore ad € 20.000) occorre uno specifico nesso causale tra il fatto della circolazione stradale ed il danno, nel senso che il primo elemento deve essere causa efficiente del secondo e non costituirne, invece, semplice occasione (come accade invece nel caso delle buche, dove il danno è conseguenza dell'omessa manutenzione delle strade e solo occasionalmente connesso alla circolazione stradale. – v. Cass. 14564/2002).

Analogamente, il caso dei danni "da buca" non può essere fatto rientrare nella materia, rientrante tra le fattispecie di negoziazione assistita obbligatoria, «di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti».

### **Quesito**

Rientra nella negoziazione assistita obbligatoria (in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli) il caso della domanda risarcitoria per danni derivanti dal contratto di trasporto su mezzi pubblici o privati?

Spesso nei giudizi relativi a responsabilità da trasporto viene fatto valere il c.d. concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (tipicamente e classicamente configurabile proprio in materia di trasporto).

In proposito è noto che in tema di trasporto di persone la scelta tra l'azione di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale e quella da responsabilità extracontrattuale, fondata la prima sull'inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di trasporto e la seconda sulla violazione del principio generale del *neminem laedere*, e la scelta del loro esercizio cumulativo nel processo rientra nel potere dispositivo della parte, senza alcun possibile intervento del giudice (cfr. Cass. 6233/1999; 8656/1996; 1593/1979; 11766/2002).

Rientra invero nel potere dispositivo della parte proporre cumulativamente azione contrattuale ed azione extracontrattuale quando si ritiene che, con un unico comportamento, siano stati violati i doveri derivanti dal contratto concluso ed i doveri derivanti dal generale principio del *neminem laedere* (Cass. 6233/1999; 8656/1996; 418/1996; 8090/1994).

Ciò chiarito, va ora precisato che l'art. 7, comma 2, c.p.c. riguarda sia i fatti illeciti prodotti dalla circolazione stradale di veicoli (arg. ex Cass. 746/2002; 15573/2000) che le ipotesi di responsabilità contrattuale.

Per "cause di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli e natanti" devono invero intendersi, oltre a quelle in cui si fa valere una responsabilità aquiliana, anche quelle in cui l'attore fa valere la responsabilità contrattuale del vettore, magari insieme a quella extracontrattuale.

Pure quando la parte attrice chiede il risarcimento del danno contrattuale e fa valere un illecito contrattuale va ritenuta ricorrente una causa "di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli e natanti".

Vista l'ampiezza di tale ultima formula normativa, deve infatti reputarsi che nella formula in questione rientri, oltre al fatto illecito prodottosi nella circolazione di veicoli o natanti, anche l'inadempimento del contratto di trasporto determinativo di un danno, posto che anche in questo caso si tratta di un "danno prodotto dalla circolazione di veicoli e natanti".

Ora, considerato che la legge 162/14 fa rientrare nella negoziazione assistita obbligatoria le cause in tema di "risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti", formula sostanzialmente identica a quella di cui all'art. 7, comma 2, c.p.c., allora anche la controversia in cui si fa valere una responsabilità contrattuale da trasporto dovrebbe farsi rientrare nelle ipotesi di negoziazione assistita obbligatoria sottoposte al meccanismo della condizione di procedibilità.

A tale conclusione deve poi pure pervenirsi se si considera, tra le altre cose, l'orientamento giurisprudenziale formatosi a proposito della condizione di proponibilità della domanda ex art. 22 della previgente legge n. 990/1969.

È noto, invero, che tale ultima disposizione prevedeva: «l'azione per il risarcimento di danni causati dalla circolazione dei veicoli o dei natanti, per i quali a norma della presente legge vi è obbligo di assicurazione, può essere proposta solo dopo che siano decorsi sessanta giorni da quello in cui il danneggiato abbia chiesto all'assicuratore il risarcimento del danno, a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento».

La ratio della norma (analoga all'attuale art. 145, D.lgs. n. 209/2005, Codice delle assicurazioni) è chiara, in quanto finalizzata alla deflazione del contenzioso e ad

agevolare una composizione stragiudiziale di ogni questione risarcitoria sorta a seguito della circolazione di veicoli.

L'esigenza sottesa all'invio della richiesta di risarcimento in questione è invero individuabile in quella di fornire all'assicuratore un congruo spazio di tempo per esperire accertamenti e decidere se opporsi alla pretesa o avanzare proposte transattive.

È il caso di sottolineare come, in tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli, l'assicurazione medesima con riguardo ai danni alla persona trasportata si riferisce tanto al caso in cui detta responsabilità venga invocata a titolo extracontrattuale, per violazione del precetto del *neminem laedere*, quanto al caso in cui venga fatta valere a titolo contrattuale, sicché, anche in questa seconda ipotesi (responsabilità contrattuale), la proponibilità della domanda, sia diretta contro il responsabile civile o l'autore materiale del fatto, è soggetta al decorso di un termine da quello in cui il danneggiato ha chiesto il risarcimento per mezzo di lettera raccomandata all'assicuratore (cfr. Cass. 1128/1985; 3242/1982; 6847/1982).

La preventiva messa in mora dell'assicuratore come condizione di proponibilità dell'azione di risarcimento contro il preteso responsabile è richiesta quindi anche relativamente all'azione di responsabilità contrattuale per danni alla persona subiti da viaggiatori a bordo di veicoli adibiti al trasporto pubblico.

Un'impostazione giurisprudenziale così rigorosa trova, d'altra parte, fondamento anche nella ratio normativa di deflazionare il contenzioso mediante una tempestiva comunicazione del fatto all'assicuratore, in modo tale che il medesimo possa stragiudizialmente operare per una composizione della controversia.

Se, quindi, la Suprema Corte ha interpretato la locuzione contenuta nell'art. 22, L. 990/1969 («l'azione per il risarcimento di danni causati dalla circolazione dei veicoli o dei natanti, per i quali a norma della presente legge vi è obbligo di assicurazione») come relativa anche al caso in cui si faccia valere una responsabilità contrattuale, pure l'analoga locuzione (che più ci interessa) di controversie in materia di «risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti» di cui alla legge 162/14 deve essere intesa come comprensiva anche dei casi di responsabilità contrattuale.

### **Quesito**

Rientrano tra le azioni in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti soggette a negoziazione assistita obbligatoria anche le domande relative ai contratti assicurativi?

Rientra nell'ambito della negoziazione assistita (riguardando il risarcimento del danno conseguente al sinistro stradale e non attenendo al contratto assicurativo) la domanda risarcitoria formulata nei confronti del proprietario del mezzo antagonista (e/o dell'autore dell'illecito) e della sua compagnia di assicurazione (nei confronti della quale l'attore agisce in forza di un'azione non scaturente da alcun contratto ma prevista ex lege), nonché quella esperita nei confronti della propria compagnia di assicurazione in forza del principio dell'indennizzo diretto (posto che anche in questo caso la causa petendi non risiede nel contratto assicurativo).

Sono invece semplici eccezioni (e non richiedono, quindi, la condizione di procedibilità pretesa per le domande giudiziali) quelle formulate dalla Compagnie in ordine alla copertura assicurativa (esistenza o meno, eventuale scadenza, superamento del massimale, ecc.).

Infine, la risposta al quesito della sottoponibilità a negoziazione assistita delle azioni di rivalsa fatte valere dalle Compagnie di Assicurazione nei confronti dell'assicurato danneggiato è fortemente collegata alla risposta che si fornisce alla questione relativa all'invio in negoziazione assistita delle domande riconvenzionali (questione che si tratterà in un successivo paragrafo).

## **6. I procedimenti esclusi.**

### **6.1. Negoziazione e procedimenti cautelari.**

Si è già osservato che si può iniziare un procedimento cautelare anche in assenza del tentativo di conciliazione.

Il quarto comma dell'art. 3 della legge 162/14 prevede, infatti, che "l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita nei casi di cui al comma 1" (e quindi nei casi di negoziazione obbligatoria) "non preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale".

Peraltro, il fatto che il procedimento cautelare non sia inibito dall'esistenza di un tentativo obbligatorio di conciliazione era già un dato acquisito in giurisprudenza (v. anche C. Cost. 22 ottobre 2007, n. 355 e C. Cost. 30 novembre 2007, n. 403).

Invero, la tutela cautelare costituisce uno strumento d'azione necessario per l'effettiva tutela del diritto controverso, costituzionalmente rilevante ai sensi degli art. 24 e 111 Cost., quando si prospetti una situazione di pericolo nel ritardo, che, in quanto tale, non tollera attese e necessita di una risposta di tutela a volte immediata.

La negoziazione, infatti, non può andare a discapito della parte che ha interesse a ottenere un provvedimento urgente o cautelare. Imporre una sospensione in tali ipotesi significherebbe precludere l'accesso alla giurisdizione rispetto a situazioni che richiedono una decisione in tempi molto ristretti.

La questione forse meno pacifica è quella relativa all'ambito dei procedimenti di natura urgente in relazione ai quali non occorre il previo tentativo di conciliazione.

Sul punto risulta parecchio rilevante il tenore testuale della norma, la cui ampia formulazione consente di includervi diverse fattispecie, come quelle relative ai provvedimenti volti a fronteggiare stati di bisogno, la cui qualificazione è incerta in giurisprudenza e dottrina. Si pensi, ad esempio, all'ordinanza provvisoria ex articolo 147 del codice delle assicurazioni private.

### **Quesito**

#### **Si deve attivare il procedimento di negoziazione assistita dopo il procedimento ex art. 669 bis e prima del giudizio di merito?**

Anche l'accertamento tecnico preventivo finalizzato alla conciliazione di cui all'art. 696 bis c.p.c. è stato escluso dall'ambito della negoziazione obbligatoria. Questa modifica normativa non ha fatto altro che recepire l'orientamento che si era formato sul punto nella giurisprudenza di merito in tema di mediazione obbligatoria. In proposito, infatti, aveva stabilito il Tribunale di Varese, sez. I, 21 aprile 2011 (in Guida

al diritto 2011, 44, 8 e in Il civilista 2011, 11), che la consulenza tecnica preventiva (art. 696 bis c.p.c.) e la mediazione (d.lgs. 28/2010) perseguono la medesima finalità, introducendo entrambi gli istituti un procedimento finalizzato alla composizione bonaria della lite, così da sembrare tra loro alternativi e, quindi, apparendo le norme di cui al d.lgs. 28/2010 incompatibili logicamente e, dunque, non applicabili quando la parte proponga una domanda giudiziale per una c.t.u. preventiva. Invero, la prevalente giurisprudenza di merito aderisce, vuoi implicitamente vuoi esplicitamente, alla tesi dottrinarica che iscrive l'istituto dell'art. 696 bis c.p.c. nell'alveo della alternative dispute resolution, valorizzando la tensione della norma verso la composizione della lite, l'intervento di un terzo neutrale e le agevolazioni fiscali. Pertanto, in caso di c.t.u. preventiva, non sussiste la condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 e il difensore non è obbligato alla comunicazione di cui all'art. 4, comma 3, d.lgs. 28/2010.

Il problema che si pone è se sia necessario attivare, con riferimento alle materie oggetto di negoziazione obbligatoria, il procedimento di negoziazione assistita dopo l'espletamento di un accertamento tecnico preventivo ex art. 696 bis e prima del giudizio di merito. Su tale questione si è pronunciato il Tribunale di Roma (Sezione XIII, 16.12.2014) in relazione alla mediazione obbligatoria accogliendo l'eccezione di improcedibilità della domanda e inviando le parti in mediazione sulla base della considerazione per cui non poteva estendersi al giudizio di merito ciò che era previsto per il procedimento ex art. 669 bis c.p.c. in quanto "il rischio di duplicazione di un'attività conciliativa in contrasto con i principi di ragionevole durata del procedimento si paleserebbe recessivo rispetto alla evidente e più grave elusione della condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1 bis, del d.lgvo n. 28/2010... con il sostanziale generalizzato azzeramento dell'auspicata efficacia deflattiva sul complessivo sistema giudiziario".

### **Quesito**

#### **È escluso il procedimento sommario di cognizione?**

Non è escluso dalla negoziazione obbligatoria il processo sommario di cognizione (art. 702 bis c.p.c.) e ciò sia perché esso è, secondo l'impostazione preferibile, un processo a cognizione piena che non ha natura urgente o cautelare, sia perché, se fosse stato escluso, sarebbe stato facile eludere il procedimento di negoziazione obbligatoria instaurando processualmente la controversia con il sommario di cognizione (sul punto v., in materia di mediazione obbligatoria, Trib. Palermo, sezione distaccata di Bagheria, 16 agosto 2011, in Guida al diritto 2011, 43, 18; Trib. Genova 18 novembre 2011; Trib. Varese, 20 gennaio 2012 e Trib. Firenze 22 maggio 2012).

### **Quesito**

#### **È sempre esclusa la domanda monitoria?**

A differenza di quanto previsto per la mediazione obbligatoria (con riferimento alla quale si stabilisce che la norma sul previo esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità non si applica "nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione"), la legge 162/14 esclude che si debba effettuare l'invito

alla stipula della convenzione di negoziazione assistita “nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l’opposizione”. Quindi, anche dopo l’emissione di provvedimenti sulla provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo (o sulla sospensione della stessa) non dovranno inviarsi le parti in negoziazione.

Tuttavia, non si comprende il motivo del diverso trattamento della stessa fattispecie nelle due normative in tema di mediazione obbligatoria e di negoziazione assistita obbligatoria<sup>3</sup>. Probabilmente potrebbe ritenersi non rispettato l’art. 3 Cost. per violazione del principio di ragionevolezza nella previsione del diverso trattamento normativo. Invero, anche in caso di negoziazione assistita dovrebbero valere le medesime argomentazioni che si leggono nella relazione illustrativa del d.lgs. 28/104. Peraltro, molti potrebbero optare per chiedere l’emissione di un decreto ingiuntivo in modo da non dovere instaurare la procedura di negoziazione assistita.

### **7. Gli esiti della negoziazione assistita.**

Se viene stipulata la convenzione di negoziazione assistita i possibili esiti sono: 1) il mancato accordo (e la dichiarazione di mancato accordo è certificata dagli avvocati ex art. 4 comma 3 legge 162/14); 2) il raggiungimento di un accordo.

Secondo l’art. 5 della legge 162/14 l’accordo che compone la controversia, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l’iscrizione di ipoteca giudiziale.

Nell’accordo gli avvocati certificano l’autografia delle firme e la conformità dell’accordo alle norme imperative e all’ordine pubblico.

I difensori che sottoscrivono l’accordo raggiunto dalle parti a seguito della convenzione sono tenuti a trasmetterne copia al Consiglio dell’ordine circondariale del luogo ove l’accordo è stato raggiunto, ovvero al Consiglio dell’ordine presso cui è iscritto uno degli avvocati (art. 11, c. 1, legge 162/14).

Sempre secondo l’art. 5 della legge 162/14 se con l’accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

Costituisce poi illecito deontologico per l’avvocato impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato.

### **8. I possibili vizi, contenuti e sviluppi della convenzione di negoziazione assistita o dell’accordo.**

#### **Quesito**

Cosa succede se nella convenzione di negoziazione assistita si prevede un termine di durata della negoziazione superiore ai 3 mesi?

Probabilmente niente. Opera comunque, con una sostituzione automatica di clausola ex art. 1339 c.c., la previsione normativa ed il termine si intenderà ridotto a tre mesi prorogabili per altri 30 giorni.

#### **Quesito**

**Cosa succede se nella convenzione di negoziazione assistita si prevede di negoziare anche su diritti indisponibili?**

In questa parte la convenzione sarà nulla per violazione di norme imperative. Tuttavia, generalmente la convenzione sarà efficace per il resto se non si tratta di clausola essenziale (art. 1419 c.c.)

### **Quesito**

**Cosa succede se l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita coinvolge anche diritti indisponibili?**

Dovrebbe ritenersi nullo l'accordo, almeno in relazione alla parte in cui si dispone di diritti indisponibili. Non dovrebbe quindi tenersi conto di tale parte dell'accordo.

### **Quesito**

**Che cosa succede se l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita è successivo a qualche vizio della procedura di negoziazione o non risulta in linea con i requisiti formali richiesti dalla legge 162/14?**

È da ritenere, insieme al prof. Luiso, che in nessun caso la negoziazione assistita condiziona la validità dell'atto compiuto, nel senso che il mancato rispetto delle regole proprie di essa costituisce ragione di invalidità dell'accordo. Le regole sulla validità dell'accordo sono comunque quelle codicistiche. Tuttavia, non dovrebbe potere avere efficacia di titolo esecutivo ex art. 5 legge 162/14 un accordo privo della forma scritta (se non richiesta ad substantiam da altre norme, quali l'art. 1350 c.c.) o privo della sottoscrizione degli avvocati o della certificazione da parte di questi ultimi dell'autografia delle firme delle parti o della conformità dell'intesa a norme imperative o all'ordine pubblico.

### **Quesito**

**Che efficacia ha una clausola di negoziazione assistita inserita in un contratto per la risoluzione di future controversie?**

Dalla formulazione letterale dell'art. 2 si desume che la convenzione di negoziazione funziona solo con riferimento ad una controversia in atto e quindi come "compromesso" e non come "clausola compromissoria". Conseguentemente, una convenzione riferita a controversie future non sarebbe vincolante, potendo essere condizione di procedibilità solo se previsto dalla legge. Nel caso della mediazione essa è condizione di procedibilità anche quando è prevista contrattualmente perché così dispone la legge.

### **Quesito**

**Sono ipotizzabili forme di responsabilità precontrattuale o contrattuale relativamente alla convenzione di negoziazione assistita?**

Se dopo un'iniziale corrispondenza nella quale si manifestava favore alla conclusione della convenzione di negoziazione assistita subentra invece un rifiuto alla stipula della stessa, allora sarebbe ipotizzabile una forma di responsabilità precontrattuale.

E se dopo la stipula della convenzione di negoziazione assistita una delle parti si sottragga, in vario e ripetuto modo, agli impegni presi, non partecipando agli incontri di negoziazione, si potrebbe ritenere configurabile una forma di responsabilità contrattuale. È vero che la convenzione di negoziazione assistita non obbliga le parti a pervenire ad una definizione stragiudiziale della controversia. Tuttavia, con tale convenzione le parti si impegnano a "cooperare in buona fede e con lealtà" per tentare

di definire bonariamente la loro controversia. Si tratta di un contratto che impegna le parti a negoziare al fine di trovare una composizione della lite. Esso fa sorgere un obbligo a negoziare.

### **9. Negoziazione assistita e patrocinio a spese dello Stato.**

Quando il procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda, e quindi anche per le controversie relative ai sinistri stradali, all'avvocato non è dovuto compenso dalla parte che si

trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato ai sensi dell'articolo 76 del Dpr 115/2002 (T.U. spese di giustizia).

La parte è comunque tenuta in questo caso a depositare all'avvocato un'apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo avvocato, nonché a produrre, se l'avvocato lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

Tuttavia, in relazione alla mediazione obbligatoria, è stato emesso un interessantissimo provvedimento del Tribunale di Firenze del 13.1.2015 (estensore Breggia) che ha riconosciuto la spettanza al difensore dei compensi per il patrocinio a spese dello Stato anche per la fase della mediazione e pure per il caso in cui non si sia arrivato a giudizio avendo la mediazione portato alla stipulazione di un accordo.

Il bravo giudice fiorentino ha valorizzato le fonti europee sull'estensione del patrocinio a spese dello Stato anche in relazione ai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, l'orientamento della Cassazione che riconosce il patrocinio a spese dello Stato anche per le attività extragiudiziali connesse a quelle giudiziali e l'irragionevolezza della soluzione (che peraltro scoraggerebbe la composizione extragiudiziale delle liti) che riconosca il patrocinio a spese dello Stato quando l'attività stragiudiziale non porta all'accordo e che, invece, non riconosca tale patrocinio nel caso in cui il difensore ha, facendo raggiungere l'accordo, svolto al meglio il suo compito.

Aderendo all'impostazione del Tribunale di Firenze, si verrebbe quindi a delineare un diverso (e forse ingiustificato) trattamento tra la mediazione e la negoziazione, il che giustificerebbe i dubbi di legittimità costituzionale di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

### **10. Le prospettate questioni di legittimità costituzionale.**

In dottrina sono stati evidenziati alcuni profili di possibile illegittimità costituzionale della nuova disciplina. Sinteticamente si tratta dei seguenti:

1) sovrapposizione di forme di a.d.r. diverse (in possibile contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost.);

2) introduzione di una forma di giurisdizione condizionata economicamente onerosa. È vero, infatti, che, di per sé, introdurre come condizione di procedibilità della domanda un tentativo preliminare di conciliazione comunque disciplinato e denominato non viola la disposizione costituzionale sul diritto di azione se si tratta di un caso di giurisdizione condizionata che non rende troppo difficile l'accesso alla tutela

giurisdizionale, come accade nella negoziazione assistita con riferimento alla brevità del tempo entro il quale la condizione di procedibilità viene meno (tra 1 e 3 mesi). Tuttavia, se si tiene conto di alcune decisioni della Corte costituzionale (cfr. sentenze n. 522 del 2002 e n. 333 del 2001), se al condizionamento nell'esercizio dell'azione si accompagna in costo economico rilevante, allora potrebbe aversi la violazione dell'art. 24 co. 1 Cost. Nel caso della negoziazione assistita le spese che le parti devono affrontare sono piuttosto rilevanti tutte le volte che la procedura si svolge fino in fondo ma non ottiene alcun risultato conciliativo. E sono sicuramente non indifferenti per il futuro attore anche nel caso in cui alla comunicazione dell'invito a negoziare si risponda con un rifiuto o manchi la risposta entro il termine previsto;

3) introduzione di una forma di giurisdizione condizionata che viola l'autonomia privata. Sotto questo profilo si ritiene che ritardare l'avvio del processo obbligando le parti a negoziare e con l'assistenza dell'avvocato sembra collidere con i principi fondamentali che tutelano l'autonomia privata (art. 41 Cost.).

Poiché le parti sono libere di negoziare dei loro diritti senza obblighi di assistenza alcuna (tantomeno degli avvocati, dei quali si sarebbe potuto prevedere l'intervento - come in mediazione - anche soltanto all'esito dell'accordo ai fini della sua esecutività) anche nella fase patologica del loro rapporto, obbligarle a negoziare (per giunta con l'assistenza dell'avvocato), ritenendo che in alcune controversie tale attività costituisca condizione di procedibilità, mortifica l'autonomia dei privati, senza al contempo offrire alle stesse parti un percorso di ADR eterodiretto che possa in qualche modo giustificare anche il ritardo nell'accesso alla giurisdizione;

4) reintroduzione del gratuito patrocinio (contrasto con gli artt. 2, 3, 24 e 36 Cost.) con riferimento all'ipotesi di negoziazione assistita quale condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 3, comma 1, quando la parte si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. Il comma 6 del medesimo articolo stabilisce, infatti, che in questo caso non è dovuto alcun compenso all'avvocato. Le difficoltà di bilancio determinano qui una reintroduzione surrettizia, per un caso particolare, del patrocinio gratuito, introdotto nel 1923 e soppresso nel 1990 come doveroso ed onorifico compito dell'avvocatura;

5) irragionevole diversa disciplina, rispetto alla mediazione obbligatoria, relativa ai procedimenti monitori ed alla scelta, difficilmente comprensibile, di escludere del tutto la condizione di procedibilità per le cause di opposizione a decreto ingiuntivo (contrasto con l'art. 3 Cost.);

6) insussistenza dei presupposti della necessità ed urgenza (violazione dell'art. 77 Cost.). Invero, il caso straordinario di necessità ed urgenza che deve connotare un decreto legge ai sensi dell'art. 77, comma 2, Cost. non sembra qui ravvisabile. In particolare, la disciplina dell'art. 2 è entrata in vigore mesi dopo l'emanazione del decreto del 12 settembre 2014, e ciò in conseguenza dei novanta giorni di vacatio dalla pubblicazione della legge di conversione.

## NEGOZIAZIONE E PROCESSO

### 11. Il rilievo dell'improcedibilità da parte del giudice.

#### Quesito

Cosa succede se gli avvocati delle parti si accordano per evitare la procedura di negoziazione ed adire direttamente il giudice con l'intesa di non eccepire l'improcedibilità dell'azione e confidando nel mancato rilievo officioso del giudice?

In diversi casi può succedere che gli avvocati delle parti si accordino per evitare la procedura di negoziazione assistita (ben sapendo dell'impossibilità o dell'elevata difficoltà di pervenire ad una conciliazione, magari alla luce dei rapporti tra le parti e dell'elevato contenzioso già esistente tra le stesse) ed adire direttamente il giudice con l'intesa di non eccepire l'improcedibilità dell'azione e confidando nel mancato rilievo officioso del giudice.

Tuttavia, questa scelta non sembra poter essere produttiva di esiti positivi. Ad esempio, Trib. Palermo, sezione distaccata di Bagheria (ordinanza del 13 luglio 2011), ha ritenuto, con riferimento alla mediazione obbligatoria, che la rilevabilità dell'improcedibilità è obbligatoria e non discrezionale in quanto, letteralmente, il comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010 prevede che «l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza». Ed anche nel comma 1 dell'art. 3 della legge 162/14 il “deve” regge sia l'eccezione di parte che il rilievo officioso.

### **Quesito**

**Nel caso in cui la prima udienza si strutturi materialmente in più udienze il rilievo officioso deve farsi alla prima di queste o anche nelle altre?**

Sembra preferibile configurare il concetto di prima udienza non in relazione alla sua configurazione formale ma a quella sostanziale, ossia a quella di udienza ex art. 183 c.p.c., con la conseguenza che il rilievo d'ufficio potrà essere effettuato, nel caso in cui la prima udienza si sia articolata, formalmente, in più udienze, anche dopo la prima (sul punto cfr., per casi analoghi Cass. (ord.) 19410/2010 e 1167/2007), ma comunque fino al momento in cui il giudice può porre alle parti, ex art. 183, comma 4, c.p.c., le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. Ecco che, concessi i termini ex art. 183, comma 6, c.p.c. o ammessi i mezzi istruttori, non può più effettuarsi il rilievo officioso dell'improcedibilità.

Tuttavia, secondo una certa tesi se l'eccezione viene formulata dalle parti tempestivamente ma viene disattesa dal giudice, quest'ultimo può in un secondo momento rilevare l'improcedibilità (dando quindi il termine di 15 giorni per la comunicazione dell'invito a stipulare una convenzione di negoziazione assistita rinviando ad un'udienza fissata ad oltre quattro mesi di distanza). Sempre in quest'ottica sarebbe pure un fondato motivo di appello quello relativo al rigetto dell'eccezione di improcedibilità tempestivamente formulata.

Tuttavia, è bene evidenziare, come già sopra si è fatto, che l'orientamento giurisprudenziale prevalente è nel senso di ritenere che ove l'improcedibilità dell'azione, ancorché segnalata dalla parte, non venga rilevata dal giudice entro il suddetto termine, la questione non possa essere riproposta nei successivi gradi di giudizio (v., per l'analogo caso del rito del lavoro, Cass. 21797/09; 13591/09; 7871/08; 13708/07; 15956/04; 11629/04; v. Cass. 3022/03, 10089/00 e 4578/96 per l'ipotesi di improcedibilità prevista dall'art. 5 della legge n. 108 del 1990).

### **Quesito**

**Cosa deve fare il giudice in caso di mancata certificazione dell'autografia della firma da parte degli avvocati nell'accordo o di mancata certificazione della firma della parte nell'invito?**

L'accordo non è certamente nullo per l'assenza di certificazione della firma. Se le parti lo avessero stipulato al di fuori del procedimento di negoziazione assistita sarebbe comunque stato valido anche in assenza di certificazione della sottoscrizione. Forse, però, l'accordo che non rispetti le forme del procedimento di negoziazione assistita (e quindi anche quella della certificazione della firma) non potrà costituire titolo esecutivo ai sensi dell'art. 5 della legge 162/14.

Per divenire esecutivo il verbale d'accordo deve essere, infatti, sottoscritto, oltre che dalle parti, dagli avvocati, che devono anche attestare e certificare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico<sup>5</sup>.

Maggiormente problematica è la questione della mancata certificazione della sottoscrizione della parte nell'invito. Si è in questo caso formata una buona condizione di procedibilità? Forse la risposta preferibile è quella negativa. Per evitare qualunque questione sulla procedibilità della domanda (anche negli eventuali futuri gradi del giudizio) sarebbe il caso di far rinnovare la comunicazione dell'invito assegnando il termine di 15 giorni e rinviando ad oltre quattro mesi. Lo stesso dicasi per l'invito firmato dal solo avvocato, posto che l'art. 4 della legge 162/14 parla di autografia da parte dell'avvocato della firma apposta dalla parte all'invito (che sembra quindi necessaria nonostante l'art. 2 faccia riferimento ad un invito della parte "tramite il suo avvocato") e per evitare comunque che possano sorgere questioni sulla prova che a quest'ultimo sia stato concesso un mandato prima della redazione dell'invito. L'invito con firma della parte non certificata dall'avvocato non potrà, poi, neppure portare a fare, in caso di suo rifiuto o di sua mancata accettazione, le valutazioni ex artt. 96 e 642, comma 1, c.p.c.

### **Quesito**

**Cosa accade se l'invito è inviato non alla parte ma all'avvocato con il quale era già in corso una corrispondenza informale?**

In assenza dell'instaurazione di un rapporto processuale in forza del quale le comunicazioni alla parte possono farsi al suo procuratore, l'invito va comunicato alla parte personalmente.

### **Quesito**

**Cosa deve fare il giudice se nell'invito manca l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro 30 giorni o il suo rifiuto può essere dal giudice valutato ex artt. 96 e 642 c.p.c.?**

Si potrebbe ritenere che, poiché le conseguenze della mancata risposta o del rifiuto sono previste dalla legge, allora non occorre che il giudice disponga che la parte effettui un nuovo invito nei confronti dell'altra parte. In altri termini, la mancanza dell'avvertimento nell'invito potrebbe non sembrare un vizio tale da comportare che la domanda non è munita di procedibilità e che il giudice debba concedere il termine di 15 giorni per inviare nuovamente un invito alla parte chiamata.

In realtà, pare preferibile adottare un'interpretazione maggiormente garantista che applichi la medesima soluzione prevista dall'art. 164 c.p.c. per la mancanza in citazione dell'avvertimento circa le decadenze ex artt. 38 e 167 c.p.c. Si dovrebbe fare comunicare un nuovo invito, così pure evitando eventuali motivi di appello fondati sull'improcedibilità della domanda dell'attore.

### **Quesito**

#### **Quale può essere la valutazione giudiziale del comportamento dell'invitato di accettazione o di rifiuto dell'invito?**

Secondo il comma 2 dell'art. 3 della legge 162/14, nei casi di negoziazione assistita obbligatoria la condizione di procedibilità si considera avverata quando nei 30 giorni dalla comunicazione dell'invito vi è stato rifiuto dell'invito o non vi è stata adesione. Se, invece, la parte chiamata aderisce all'invito entro 30 giorni dalla sua comunicazione si potrà allora concludere la convenzione di negoziazione assistita, con la conseguenza che dovrà poi verificarsi se vi è stato o meno l'accordo e se sia o meno decorso il termine massimo concordato (tra uno e tre mesi, con possibile proroga di altri 30 giorni) dalle parti (al fine di stabilire se fissare nuova udienza dopo il decorso del termine massimo in caso di trattative ancora in corso).

### **Quesito**

#### **Il giudice deve verificare che l'invito sia stato regolarmente portato a conoscenza dell'altra parte? Cosa succede se si ritiene non corretta tale comunicazione?**

È da credere che, dovendo il giudice accertare la ricorrenza della condizione di procedibilità (condizione che è costituita dallo "esperimento del procedimento di negoziazione assistita"), il giudice possa sindacare la correttezza o meno della comunicazione in questione, con la conseguenza che (qualora il convenuto eccepisca di non avere ricevuto comunicazione del procedimento di mediazione) egli può richiedere la produzione della comunicazione dell'invito alla stipula della convenzione di negoziazione assistita e, qualora non ritenga idoneo il mezzo impiegato (es. mail non certificata), dovrebbe considerare insussistente la condizione di procedibilità ed assegnare il termine di 15 giorni per la comunicazione dell'invito.

Sarebbe quindi preferibile avvalersi dello strumento, particolarmente attendibile, della notificazione.

### **Quesito**

#### **Il giudice deve verificare la corrispondenza oggettiva tra la domanda giudiziale e l'oggetto del tentativo di conciliazione?**

In caso di controversia rientrante tra le ipotesi di negoziazione assistita obbligatoria il giudice deve accertare che le domande formulate dalla parte attrice o ricorrente siano le stesse intorno alle quali il tentativo di conciliazione si è svolto (o si sarebbe dovuto, comunque, svolgere ove avesse avuto luogo) - cfr., in materia di contratti agrari, Cass. 15802/2005; 10497/2001; 10322/97; 6295/95.

Qualora la domanda giudiziale abbia ad oggetto rivendicazioni non menzionate nel procedimento di negoziazione il tentativo obbligatorio di conciliazione, in ragione di tale non corrispondenza del petitum, non risulta ritualmente esperito e si deve assegnare un termine per il rinnovo del tentativo obbligatorio di conciliazione (v., con riferimento alla materia lavoristica, Tribunale Roma, 26 settembre 2006).

Tuttavia, deve anche rilevarsi che non sussiste contraddizione tra la domanda anticipata nell'invito o nella convenzione di negoziazione e la domanda come formulata in sede giudiziaria qualora in entrambe le occasioni la parte istante abbia sollecitato la condanna delle controparti al pagamento di tutte le somme dovute, sebbene quantificate in modo diverso nel procedimento di conciliazione e nella domanda giudiziale.

Non è infatti rilevante che la pretesa ricavabile dal procedimento di conciliazione sia di contenuto quantitativo meno ampio di quella formulata in sede giudiziaria. Non si dubita, infatti, che la diversa quantificazione o specificazione della pretesa, fermi i fatti costitutivi di essa, non comporta prospettazione di una nuova causa petendi ma integra una mera emendatio che come è ammissibile nel corso del giudizio di primo grado o di appello così, a maggior ragione, deve ritenersi consentita nei rapporti tra la richiesta come formulata nel procedimento di conciliazione e la successiva articolazione in sede giudiziaria (cfr. Cass.9266/2010).

Un problema può porsi quando nell'invito o nella convenzione di negoziazione manchi o sia indicato in modo molto generico "l'oggetto della controversia" (requisito richiesto dagli artt. 2 e 4 della legge 162/146). In questi casi sembra preferibile ritenere che solo laddove l'invito o la convenzione di negoziazione non contenga alcuna specificazione dell'oggetto della controversia (o laddove tale elemento sia assolutamente incomprensibile) si potrà considerare il tentativo di conciliazione come non regolarmente instaurato.

Certo, sarebbe bene che gli avvocati effettuassero un controllo attento sul punto.

6 E che è requisito molto più generico di quello richiesto per la mediazione obbligatoria, in relazione alla quale il comma 2 dell'art. 4 del d.lgs. 28/10 prevede che nella domanda di mediazione siano indicati "l'oggetto e le ragioni della pretesa".

Va comunque precisato che è bene esaminare, al fine di valutare la coincidenza tra l'oggetto del procedimento di negoziazione e la domanda giudiziale, sia l'invito e la convenzione di negoziazione che il verbale di mancato accordo, posto che anche nel corso del procedimento si possono modificare le domande.

### **Quesito**

**Cosa deve fare il giudice se verifica che le parti non hanno rispettato il termine di 15 giorni da lui concesso per l'invio della comunicazione?**

Quando il giudice verifica che non è stato esperito il tentativo di conciliazione, assegna il termine di 15 giorni per inviare l'invito alla stipula della convenzione di negoziazione assistita, fissando già l'udienza successiva dopo la scadenza del termine massimo stabilito dalle parti o, in sua assenza, del termine massimo di tre mesi (oltre i 15 giorni concessi per l'invio dell'invito).

Se, invece, la negoziazione risulta iniziata ma non ancora conclusa, allora il giudice non dovrà, evidentemente, concedere il termine di 15 giorni per la comunicazione dell'invito, ma fisserà solo la successiva udienza dopo la scadenza del termine massimo previsto per la durata del procedimento di negoziazione.

Bene ha fatto il legislatore, ad avviso di chi scrive, a non prevedere, come invece nell'art. 412 bis c.p.c. in tema di rito del lavoro, la sospensione del processo. In questo caso si ha un mero differimento della trattazione della causa. Viene effettuato un mero rinvio.

In maniera condivisibile non si prevede che il processo si sospenda e che siano poi le parti a riassumerlo dopo la scadenza del termine massimo. Si stabilisce, invece, che sia il giudice a fissare già l'udienza di prosecuzione del giudizio. In tal modo si sono evitati tempi, spesso lunghi, collegati alla redazione ed al deposito del ricorso in riassunzione, alla fissazione dell'udienza ed alla notificazione del provvedimento di fissazione dell'udienza. Si sono pure evitate tutte quelle questioni (comunque risolte negativamente dalla giurisprudenza) relative alla proponibilità di una domanda nuova con l'atto di riassunzione. Si sono anche eliminate le spese collegate alla riassunzione. All'udienza fissata il giudice accerterà (in caso di comparizione delle parti) se è stato espletato il procedimento di negoziazione e, se verificherà che la comunicazione dell'invito non è stata inviata (in caso di mancata previa comunicazione dell'invito), allora dichiarerà l'improcedibilità della domanda giudiziale con sentenza (v. Cass. 6326/04). Non convince la tesi di chi ritiene possibile un rinvio con concessione di un altro termine per comunicare l'invito in quanto se il giudice concede un rinvio nonostante la comunicazione dell'invito non sia stata fatta non solo entro i 15 giorni concessi, ma neppure prima dell'udienza di rinvio, allora dovrebbe concedere un altro rinvio se tale eventualità si verifica nuovamente alla successiva udienza.

E non si potrà dire se l'improcedibilità andrà dichiarata al secondo, terzo o quarto inadempimento.

In caso, invece, di accertato invio della comunicazione, il giudice verificherà se sia stata raggiunta o meno la conciliazione e se la negoziazione sia ancora in corso. In caso di accertato accordo dovrà emanarsi sentenza di declaratoria della cessazione della materia del contendere. In caso di mancato accordo e di effettuazione della comunicazione il giudizio andrà avanti (e ciò anche in caso di conciliazione parziale, ipotesi nella quale la cessazione della materia del contendere riguarderà le sole questioni oggetto di conciliazione).

Si può anche verificare che la comunicazione dell'invito sia stata sì presentata ma non entro il termine di giorni 15 fissato dal giudice. In questo caso è preferibile la tesi per cui, non trattandosi di termine perentorio (non essendo così qualificato dalla legge; v. art. 152 c.p.c.), andrebbe fissata una nuova udienza a data successiva rispetto alla scadenza del termine massimo (negoziale o, assenza, legale) di durata della procedura (per casi analoghi risolti in modo simile v. Cass. 26849/10; 26039/05; 420/98; 1571/96; 9288/95).

Certo, è comunque anche noto il principio per cui la proroga, anche d'ufficio, dei termini ordinatori è consentita dall'art. 154 c.p.c., soltanto prima della loro scadenza,

sicché il loro decorso senza la presentazione di un'istanza di proroga, determinando gli stessi effetti preclusivi della scadenza dei termini perentori, impedisce la concessione di un nuovo termine (v. Cass. 1064/05; 3406/04; 808/99; 11774/98). Non può comunque non considerarsi che in caso di mancato rispetto del termine di 15 giorni nessun problema si porrà quando l'udienza risulterà fissata a data successiva rispetto a quella in cui il procedimento di negoziazione si è esaurito o è comunque già decorso il termine massimo della procedura. E pare difficile discriminare tale caso da quello in cui l'udienza cada prima della scadenza di tale termine.

Inoltre, può pure verificarsi il caso (ed è verosimile che non sarà ipotesi rara, soprattutto in caso di negoziazione con molte parti) in cui all'udienza fissata dal giudice si accerti che, nonostante sia decorso il termine massimo, il procedimento di negoziazione non sia ancora concluso. Viene quindi da chiedersi se il procedimento debba necessariamente chiudersi nel termine massimo e cosa succeda qualora questo non accada.

Sembra preferibile ritenere che il termine massimo convenuto o legale non abbia natura perentoria (non essendo così previsto per legge), con la conseguenza che le parti potranno validamente concludere una conciliazione anche oltre tale termine ovvero richiedere un allungamento dei tempi per la negoziazione con un rinvio dell'udienza. Ciò che importa è, secondo chi scrive, che prima dell'udienza fissata sia stata effettuata la comunicazione dell'invito.

E non dovrà attendersi la fine del procedimento di negoziazione per riattivare il giudizio. Il decorso del termine massimo comporta che il processo può iniziare o (nel nostro caso) proseguire.

**Quesito: nei casi in cui la domanda relativa a controversia rientrante nella negoziazione obbligatoria viene formulata con ricorso il giudice che verifica l'assenza della condizione di procedibilità deve fissare udienza senza nulla dire sulla negoziazione o, nel fissare udienza, rileva l'improcedibilità, fissa udienza oltre il termine massimo della procedura di negoziazione e concede il termine di 15 giorni per comunicare l'invito?**

Meno semplice è la questione del possibile rilievo d'ufficio già in sede di decreto di fissazione dell'udienza.

Non sembra comunque condivisibile l'impostazione per cui il rilievo officioso sia esercitabile già con

il decreto di fissazione dell'udienza di discussione<sup>7</sup>. Certo, è vero che in tal modo si mira ad assicurare una

più celere definizione del procedimento, dando attuazione al principio costituzionale della ragionevole durata

del processo, ma è anche vero che non sembra ben rispettato il prevalente principio del contraddittorio (v.

Cass., sez. un., 20604/08; sez. un. 9962/10). Occorre dare alle parti del giudizio la possibilità di interloquire

sulla necessità o meno di instaurare un procedimento di negoziazione (che potrebbe non essere necessario in relazione a casi che non rientrino pacificamente in una delle categorie indicate dal legislatore). Senza considerare che il procedimento di negoziazione potrebbe pure essere stato posto in essere senza che, però, la parte ricorrente abbia allegato al suo fascicolo processuale il verbale negativo di conciliazione o la comunicazione dell'invito. In relazione ad un caso di questo tipo il detto rilievo officioso già in sede di decreto di fissazione di udienza comporterebbe addirittura, invece che una riduzione dei termini processuali, un allungamento degli stessi.

12. A quali condizioni può ritenersi adempiuto l'ordine del giudice.

Quesito

Va richiesta la partecipazione effettiva delle parti nella procedura di negoziazione assistita?

Per rispondere a tale quesito occorre innanzitutto ripercorrere il dibattito giurisprudenziale che si è formato in materia di mediazione.

Il ricordato provvedimento del Trib. Firenze, sez. II civile, 19.3.2014 chiarisce le condizioni

verificatesi le quali può ritenersi correttamente eseguito l'ordine del giudice e può quindi considerarsi

formata la condizione di procedibilità. Esse sono: 1) che vi sia stata la presenza personale delle parti; 2) che

le parti abbiano effettuato un tentativo di mediazione vero e proprio.

Ed anche per Trib. Firenze, sez. spec. impresa, 17.3.2014 occorre la comparizione personale delle

parti. Ecco che, avendo nel caso di specie i difensori delle parti, all'uopo delegati, manifestato al mediatore

la mera volontà dei deleganti di non procedere all'esperimento della mediazione, il Tribunale di Firenze ha

rimesso le parti di nuovo davanti al mediatore. In altri termini, secondo il Tribunale di Firenze nel caso in cui

il giudice disponga la mediazione la condizione di procedibilità non è soddisfatta quando i difensori si recano

dal mediatore e, ricevuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione, dichiarano il rifiuto di

7 È questa la soluzione adottata, con riferimento alla mediazione obbligatoria, dal Trib. Modena (sez. II, 5

maggio 2011, in *Giur. merito* 2011, 7-8, 1820, in *Guida al diritto* 2011, 44, 8, ed in *Arch. locazioni* 2011, 6, 825) che,

in un caso di un ricorso ex art. 447 bis c.p.c. contenente una domanda di rilascio di un immobile per detenzione senza titolo e di condanna del resistente al pagamento dei canoni di occupazione, ha ritenuto possibile, già in sede di emanazione del decreto di fissazione dell'udienza di discussione ex art. 415 c.p.c., il rilievo d'ufficio relativo al mancato espletamento della procedura obbligatoria di mediazione. Ecco che il Tribunale di Modena ha subito assegnato il termine di quindici giorni per presentare la domanda di mediazione, fissando contestualmente anche l'udienza per la discussione ad una data successiva alla scadenza del termine di quattro mesi di durata massima del procedimento di mediazione. La stessa impostazione è stata seguita da Trib. Prato (decreto del 30 marzo 2011) e dallo stesso Tribunale di Modena (sez. II) in data 22/10/2013.

19

procedere oltre. In caso di mediazione ex officio è necessario che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata.

Nel suo articolato e ben strutturato ragionamento il giudice fiorentino (ord. 19.3.2014) parte dalla considerazione per cui l'art. 5 e l'art. 8 del d.lgs. 28/10 sono formulati in modo ambiguo, posto che nell'art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore ed a verificare la volontà di iniziare la mediazione (l'art. 8 prevede, infatti, che "durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento"). Tuttavia, nell'art. 5, comma 2 bis, si parla di "primo incontro concluso senza l'accordo". Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria. Non avrebbe molto senso, secondo il Tribunale di Firenze, parlare di 'mancato accordo' se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria. Ciò a prescindere dalle difficoltà di individuare

con precisione scientifica il confine tra la fase c.d. preliminare e la mediazione vera e propria (difficoltà ben nota a chi ha pratica della mediazione), data la non felice formulazione della norma. Pertanto, il Tribunale di Firenze ha ritenuto necessario, al fine di spiegare la detta ambiguità

interpretativa, ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto

europeo in cui si inserisce (direttiva 2008/52/CE).

Sei sono gli argomenti che hanno portato il Tribunale di Firenze a ritenere necessaria, per la

formazione della condizione di procedibilità della domanda giudiziale dopo la mediazione ex officio iudicis,

la presenza effettiva delle parti nel procedimento di mediazione e l'effettivo avvio di un sostanziale tentativo

di mediazione:

1) i difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, hanno sicuramente già conoscenza della

natura della mediazione e delle sue finalità. Se così non fosse non si vede come potrebbero fornire al cliente

l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3, del d.lgs 28/2010, senza contare che obblighi informativi in

tal senso si desumono già sul piano deontologico (art. 40 codice deontologico). Non avrebbe dunque senso

imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore solo in vista di un'informativa;

2) la natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. L'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione.

D'altronde, questa conclusione emerge anche dall'interpretazione letterale: l'art. 5, comma 1 bis e l'art. 8 prevedono che le parti esperiscano il (o partecipino al) procedimento mediativo con l'assistenza degli avvocati, e questo implica la presenza degli assistiti;

3) ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre

che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione;

4) l'informazione sulle finalità della mediazione e le modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo: 1. Dall'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire ex art. 4 cit., come si è detto; 2. dalla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati (v. direttiva europea) e, per quanto concerne il Tribunale di Firenze, presso l'URP (v. articolo 11 del protocollo Progetto Nausicaa<sup>2</sup>) e da ultimo, sempre nell'ambito di tale Progetto, presso l'ufficio di orientamento gestito dal Laboratorio Unaltromodo dell'Università di Firenze;

5) l'ipotesi che la condizione si verifichi con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore per le informazioni appare particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice abbia già svolto la valutazione di 'mediabilità' del conflitto (come prevede l'art. 5 cit.: che impone al giudice di valutare "la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti"), e che tale valutazione si sia svolta nel colloquio processuale con i difensori. Questo presuppone anche un'adeguata informazione ai clienti da parte dei difensori; inoltre, in caso di lacuna al riguardo, lo stesso giudice, qualora verifichi la mancata allegazione del documento informativo, deve a sua volta informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Come si vede, dunque, sono previsti plurimi livelli informativi e non è pensabile che il processo venga momentaneamente interrotto per un'ulteriore informazione anziché per un serio tentativo di risolvere il conflitto;

6) l'art. 5 della direttiva europea 2008/52/CE distingue le ipotesi in cui il giudice invia le parti in mediazione rispetto all'invito (sempre da parte del giudice) per una semplice sessione informativa: un ulteriore motivo per ritenere che nella mediazione disposta dal giudice viene chiesto alle parti (e ai difensori) di esperire la mediazione e cioè l'attività svolta dal terzo imparziale finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole (secondo la definizione data dall'art. 1 del d.lgs. n. 28/2010) e non di acquisire una mera informazione e di rendere al mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura mediativa.

Alla luce delle considerazioni che precedono il giudice fiorentino ha considerato quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, che ruota attorno all'esigenza di tentare realmente di pervenire ad una soluzione non giudiziale della controversia, ed ha affermato la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata.

Un'altra strada interpretativa è quella seguita (allo stato) dal Tribunale di Milano (strada, però, inaugurata prima della presa di posizione di Firenze): la condizione di procedibilità è soddisfatta anche quanto sia tenuto solo il primo incontro di mediazione senza accordo (l'incontro di cui all'art. 8 comma I d.lgs. 28/2010). Le differenze non sono di scarsa rilevanza. Nel primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti ed i loro avvocati ad esprimersi sulla

possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. Si tratta, dunque, secondo il Tribunale di Milano, dell'incontro dedicato alla cd. valutazione di mediabilità e, cioè, dell'anticamera del procedimento mediativo. Secondo il primo indirizzo illustrato (Tribunale di Firenze), per soddisfare la condizione di procedibilità questo primo incontro non basta: occorre dare effettivamente inizio alla procedura. Per il secondo indirizzo segnalato (Tribunale di Milano) questa prima relazione al tavolo di mediazione è già sufficiente.

La lettura che conferisce maggiore razionalità all'istituto è certamente quella fiorentina e ciò almeno per quanto riguarda l'effettivo tentativo di mediazione, considerato che è invece difficile sostenere che le parti debbano essere personalmente presenti, essendo loro diritto conferire eventualmente una procura di carattere sostanziale ad un altro soggetto (che può pure essere l'avvocato difensore).

Sussiste, però, un nodo interpretativo da risolvere. Il Legislatore ha espressamente regolato il regime giuridico sotteso alla condizione di procedibilità e previsto, all'art. 5 comma 2 bis, che «quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo». La disposizione, dunque, sembra richiamare espressamente «il primo incontro» di cui all'art. 8 comma I cit.

Il giudice non potrebbe quindi esigere, al fine di ritenere correttamente formata la condizione di procedibilità, che la mediazione sia stata tentata anche oltre il primo incontro.

Tuttavia, egli può comunque richiedere che in questo primo incontro il tentativo di mediazione sia stato effettivo.

Certo, è vero che può sembrare che in questo primo incontro il mediatore potrebbe non avere neppure la possibilità di tentare un accordo se le parti non vogliono che ciò accada. Infatti, secondo quanto previsto dall'art. 8 del nuovo d.lgs. 28/10, «durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento».

Una prima lettura delle disposizioni normative pare giustificare un'interpretazione per cui se le parti e i loro avvocati non vogliono effettuare un vero tentativo di conciliazione (magari per non pagare il compenso all'organismo di mediazione) ben possono esprimere in questa prima parte del primo incontro, di natura preliminare, la loro volontà contraria all'inizio di una mediazione e il tuto finisce lì. La disposizione normativa in questione, così interpretata, sarebbe molto discutibile in quanto rischierebbe di rendere la mediazione di fatto facoltativa. Il mediatore potrebbe pure pensare, alla luce di tale disposizione normativa, di non potere neppure tentare di verificare se effettivamente le posizioni delle parti sono inconciliabili. Se, infatti, in quest'ultimo caso si può parlare di un fallimento della mediazione, nel caso teoricamente consentito dal legislatore di manifestazione (anche ad opera di una sola delle parti) della sua volontà contraria alla mediazione vi sarebbe un aborto legale

della mediazione. Peraltro, se si ritiene che ogni parte può impedire fin dall'inizio l'effettivo svolgimento del procedimento di mediazione, ognuno dei partecipanti sarebbe titolare di un diritto potestativo alla chiusura del procedimento e gli altri sarebbero tutti in una posizione di soggezione. Ed è da credere che tale diritto potestativo verrebbe spesso esercitato se si considera che, come accennato, è stato aggiunto il comma 5 ter dell'art. 17 del d.lgs. 28/10, secondo cui nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione.

Tuttavia, una corretta interpretazione (in linea con la ratio della direttiva europea – ed è noto che gli operatori nazionali sono tenuti, secondo la Corte di giustizia UE, a tentare un'interpretazione delle disposizioni nazionali conforme alle norme europee – che mira ad agevolare il più possibile la soluzione delle controversie in modo alternativo a quello giudiziario) è quella che ritiene che il mediatore, nell'invitare le parti e i loro procuratori a esprimersi sulla “possibilità” di iniziare la procedura di mediazione, deve verificare se vi siano i presupposti per poter procedere nell'effettivo svolgimento della mediazione (il cui procedimento comunque già inizia con il deposito dell'istanza di mediazione). Tali presupposti sono, ad esempio, l'esistenza di una delibera che autorizza l'amministratore di condominio a stare in mediazione (così come previsto dalla legge 220/12) o l'esistenza di un'autorizzazione del giudice tutelare se a partecipare alla mediazione deve anche essere un minore ovvero la presenza di tutti i litisconsorti necessari. Il mediatore non dovrebbe chiedere, come invece ritenuto da molti, se le parti vogliono andare avanti. Egli non deve verificare la “volontà” delle parti e dei procuratori, ma li invita ad esprimersi sulla “possibilità” di iniziare la procedura di mediazione. E nel punto in cui la norma dice che “nel caso positivo, procede con lo svolgimento” essa non va intesa nel senso che se gli avvocati dicono che c'è tale possibilità si va avanti, mentre se dicono che non sussiste questa possibilità non si procede oltre. È il mediatore che, tenuto conto di quello che dicono le parti e gli avvocati, valuta se sussiste questa possibilità (nella norma, infatti, non si legge “nel caso di risposta positiva”, ma “nel caso positivo”). Si comprende, quindi, il motivo per cui il comma 5 ter dell'art. 17 del d.lgs. 28/10 contempla (come il comma 2 bis dell'art. 5) la possibilità di un accordo tra le parti in sede di primo incontro (prevedendo che in caso di mancato incontro non è dovuto compenso all'organismo). Questa interpretazione è stata fatta propria nel 2014 dal Tribunale di Palermo (I Sezione civile), che, sulla base degli argomenti sopra indicati, ha affermato che la mediazione disposta dal giudice in corso di causa deve svolgersi in modo effettivo durante il primo incontro tra le parti e il mediatore, pena l'improcedibilità sopravvenuta del giudizio.

Con questa ordinanza del 16 luglio 2014, resa in una causa in materia di responsabilità sanitaria nella quale disposta ed effettuata la CTU, il giudice ha ritenuto di formulare in primo luogo una proposta conciliativa ai sensi dell'articolo 185 bis c.p.c. (con effetti ex articolo 91 c.p.c.

La proposta formulata dal giudice siciliano ha recepito sostanzialmente la CTU ed ha invitato le parti a riflettere sui rispettivi "vantaggi" di tale possibile soluzione

negoziale, evidenziando sia per l'attore sia per il convenuto le diverse opportunità derivanti dall'adesione alla proposta conciliativa giudiziale. Il tribunale ha motivato brevemente le ragioni che erano alla base della proposta e le ragioni che dovevano indurre le parti a valutare con attenzione l'opportunità di una loro adesione.

Nell'ordinanza in questione il Tribunale di Palermo, dopo aver formulato la proposta conciliativa, ha preannunciato alle parti che in caso di mancata conciliazione in conseguenza della proposta formulata sarebbe stata disposta dal giudice la mediazione ex officio (ritenendola possibile per i processi già pendenti all'entrata in vigore della riforma del 2013 e precisando che, anzi, nelle materie già selezionate dal legislatore per la mediazione obbligatoria ex lege, come la responsabilità medico-sanitaria di cui al giudizio in questione, poteva ritenersi sussistente una "presunzione semplice" di opportunità, avendo già la normativa formulato ex ante una prognosi favorevole quanto all'efficacia del procedimento di mediazione). Nel preannunciare questo tipo di provvedimento sono stati pure richiamati espressamente gli orientamenti del Tribunale di Milano e del Tribunale di Firenze.

Il giudice palermitano ha nella sostanza condiviso la sostanza dell'impostazione fiorentina, ritenendo che la mediazione debba effettivamente svolgersi (aggiungendo qualche argomento al riguardo, tratto da una interpretazione della lettera dell'art. 8 d.lgs. 28/2010, da leggere nel senso dell'impossibilità che il mediatore si accontenti dell'accertamento della volontà delle parti di procedere oltre, dovendo invece verificare l'effettiva possibilità del tentativo di conciliazione), ma discostandosi dall'interpretazione del giudice fiorentino sotto il profilo della presenza personale delle parti ("considerato che è invece difficile sostenere che le parti debbano essere personalmente presenti, essendo loro diritto conferire eventualmente una procura di carattere sostanziale ad un altro soggetto").

Nell'ordinanza palermitana si precisa, quindi, che secondo la normativa vigente il mediatore al primo incontro non debba verificare la "volontà" delle parti e dei procuratori, ma debba accertare la "possibilità" di iniziare la procedura di mediazione. Aderire all'orientamento milanese che ritiene sufficiente per la condizione di procedibilità un primo incontro destinato alla informativa ed a una formale valutazione della mediabilità condurrebbe, peraltro, ad un "aborto legale della mediazione".

In conclusione, il Tribunale di Palermo formula alle parti una proposta conciliativa e fissa per la verifica della posizione delle parti sulla proposta conciliativa un'udienza riservandosi di disporre in tale udienza, in caso di mancata accettazione della proposta conciliativa, l'esperimento del procedimento di mediazione ex officio iudicis quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, condizione che si riterrà formata soltanto se nel primo incontro il tentativo di mediazione sia stato effettuato dalle parti in modo effettivo<sup>8</sup>.

Richiamando in particolar modo quest'ultimo provvedimento del Tribunale di Palermo e tutte gli altri argomenti già fatti valere per la mediazione ex officio, di recente il Tribunale di Firenze ha ritenuto necessario l'espletamento effettivo del

tentativo di conciliazione (alla presenza personale delle parti) anche nella mediazione obbligatoria ex lege (ordinanza del 26.11.2014, est. Breggia).

E sono ormai numerosi i provvedimenti dei giudici di merito che richiedono la presenza effettiva delle parti quale presupposto per la formazione di una valida condizione di procedibilità sia nella mediazione ordinata dal giudice che nella mediazione obbligatoria ex lege<sup>9</sup>.

Ciò posto con riferimento alla materia della mediazione, va ora osservato che la negoziazione assistita è una procedura in cui “le parti convengono di cooperare... per risolvere in via amichevole la controversia tramite l’assistenza di avvocati”. Quindi, sarebbe possibile estendere alla negoziazione assistita le medesime argomentazioni utilizzate per la mediazione prevedendo nel provvedimento che rileva l’attuale improcedibilità della domanda e invia le parti in negoziazione la necessaria presenza delle parti alla procedura di negoziazione in caso di stipula della convenzione di negoziazione assistita. Anche qui occorre riattivare un’effettiva comunicazione tra le parti ed anche qui le parti partecipano alla procedura con la sola “assistenza” degli avvocati. Senza la presenza effettiva delle parti dopo la stipula della convenzione di negoziazione si rischierebbe di considerare la negoziazione assistita un tipo di ADR operante quale ingiustificabile ostacolo all’accesso alla giurisdizione.

### **13. Negoziazione assistita obbligatoria e domande connesse.**

#### **Quesito**

Si può disporre una negoziazione assistita ex officio iudicis?

Con riferimento all’istituto della mediazione la legge 98/13 ha tra le altre cose stabilito che il giudice può – anche in grado di appello e valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione ed il comportamento delle parti – disporre l’esperimento del procedimento di mediazione a pena di improcedibilità della domanda.

Ovviamente si tratta dei casi in cui la mediazione non è già obbligatoria per legge, essendo stato già il legislatore a configurare l’espletamento del procedimento di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

È stato pure previsto un limite temporale all’emissione del provvedimento del giudice che invia le parti in mediazione. Esso deve essere adottato prima dell’udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Insieme al provvedimento che dispone la mediazione ex officio il giudice fissa (senza sospendere il processo, trattandosi di mero differimento) la successiva udienza dopo la scadenza del termine massimo di durata della procedura di mediazione (fissato dal nuovo art. 6 del d.lgs. 28/10 in tre mesi e non più in quattro) e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna anche contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Ecco che la legge 98/13 attribuisce al giudice il potere di imporre alle parti di intraprendere un procedimento di mediazione nel corso del processo (in passato, invece, il giudice poteva solo invitarle a svolgere un tentativo stragiudiziale di mediazione, attendendo l’eventuale risposta positiva delle parti), in tal modo creando una nuova condizione di procedibilità (sopravvenuta) per ordine del giudice.

Si tratta di una norma che rimette al giudice l'effettività di tale canale di accesso alla mediazione (che opera non quale filtro preventivo alle liti, ma successivo e non per questo meno utile ed efficace) e può operare in ogni lite, purché abbia ad oggetto diritti disponibili.

Un ruolo centrale nella rinnovata mediazione è quindi assegnato, oltre che all'avvocato (la cui assistenza è ormai obbligatoria), anche al giudice, il quale può ordinare alle parti di tentare la mediazione (ma senza indicare l'organismo di mediazione come era invece previsto in una disposizione del Decreto "del fare" poi opportunamente eliminata nella legge di conversione 98/13, che ha quindi lasciato spazio all'autodeterminazione delle parti nella relativa scelta).

Sono quindi due le possibili fonti dell'obbligatorietà della mediazione: 1) la prima è normativa e introduce un obbligo ex lege, limitato ad alcune materie e circoscritto nel tempo per una fase di sperimentazione; 2) l'altra si affida alla valutazione discrezionale del giudice e, per questo motivo, non è vincolata nella sua operatività né ad alcune materie né ad un determinato lasso temporale. Nessun potere analogo è stato però previsto per il giudice dalla legge 162/14 con riferimento alla negoziazione assistita. Non è stata infatti introdotta una negoziazione assistita ex officio iudicis.

### **Quesito**

Se proposte più domande di cui solo una o alcune soggette a negoziazione assistita obbligatoria? e se riunite cause connesse in cui solo alcune delle domande sono soggette a negoziazione assistita obbligatoria?

Molto interessante è il caso della negoziazione che risulti obbligatoria soltanto in relazione ad una delle domande o delle cause connesse.

Dopo le modifiche apportate dalla legge 98/13, che ha trasformato la mediazione ex officio in obbligatoria prevedendo che il provvedimento del giudice che invia le parti in mediazione faccia sorgere una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la soluzione è quella di non separare le domande ed inviare in negoziazione assistita le parti con riferimento alle domande oggetto di negoziazione assistita obbligatoria, invitandole a trattare in negoziazione anche le domande non rientranti nella mediazione obbligatoria.

Né eviterebbe la negoziazione assistita l'invio ex officio in mediazione dell'intera causa, comprese le domande che non sono soggette a negoziazione assistita obbligatoria. Infatti, esclude la negoziazione obbligatoria soltanto la soggezione di una delle domande a mediazione obbligatoria ex lege e non a mediazione obbligatoria ex officio iudicis (l'art. 2, comma 1, della legge 162/14 rinvia al comma 1 bis dell'art. 5 del d.lgs. 28/10 e non al comma 2 del medesimo articolo).

Se, invece, in giudizio viene proposta una domanda soggetta a negoziazione obbligatoria ed un'altra che, di contro, è soggetta a mediazione obbligatoria ex lege (es. domanda relativa a contratto assicurativo e connessa domanda di risarcimento di somma inferiore a 50.000 euro per una fideiussione o domanda di condanna o accertamento di un diritto reale connessa ad una domanda risarcitoria inferiore ad € 50.000), allora occorrono due diverse condizioni di procedibilità per le due diverse domande (v. art. 3, comma 5, legge 162/14). Ciò ha portato qualcuno in dottrina a

sospettare della legittimità costituzionale di una normativa che assoggetta alcuni casi a più forme di condizione di procedibilità.

**14. La durata del procedimento di negoziazione assistita e le conseguenze in ambito processuale.** Si è già detto che nella convenzione di negoziazione assistita le parti stabiliscono il termine di durata massima della procedura, termine che comunque non può essere inferiore ad un mese né superiore a tre mesi, prorogabili di altri 30 giorni.

Orbene, è innanzitutto anomalo avere previsto un termine minimo, posto che un buon accordo tra le parti può concludersi anche in poco tempo.

Talvolta poi tre mesi possono risultare troppo pochi (si pensi alle controversie con numerose parti o ai casi in cui occorre una consulenza di un esperto).

L'autonomia del procedimento di negoziazione assistita (avente comunque una finalità conciliativa) rispetto al giudizio contenzioso porta a ritenere che l'eventuale sospensione del giudizio pendente non determina la sospensione del procedimento di negoziazione e non sembra pertanto poter risentire delle sorti del processo (v., con riferimento alla mediazione, Tribunale Verona 27/1/2014).

Data la natura non processuale del procedimento di mediazione, il termine in questione non è soggetto alla sospensione feriale dei termini e ciò neppure quando il procedimento di mediazione trovi origine da una rimessione dovuta al giudice. Tale soluzione è anche funzionale ad impedire ulteriori ritardi nell'eventuale accesso al giudice.

Sempre per la sua natura non processuale, potrebbe ritenersi che il detto termine non rilevi neppure ai fini della valutazione della ragionevole durata del processo e della conseguenziale applicazione della legge 89/2001 (c.d. legge Pinto) per la richiesta di risarcimento danni allo Stato (come previsto dall'art. 7 del d.lgs. 28/10 nella mediazione obbligatoria).

Tuttavia, se si considera che nelle ipotesi di negoziazione obbligatoria con conciliazione fallita il processo subisce inevitabilmente un oggettivo slittamento e che risulta prolungato il tempo complessivo per ottenere il provvedimento giudiziale, pare possibile ritenere non del tutto certa la conformità alla Costituzione ed alla CEDU della disposizione contenuta nell'art. 7, che sembra aggirare o limitare gli obblighi assunti dall'Italia a livello internazionale.

Inoltre, qualche dubbio sembra sorgere anche con riferimento all'eventuale mancata considerazione ai fini della legge Pinto del termine di almeno tre mesi che intercorre tra la prima udienza del giudizio civile e quella fissata dal giudice che si accorge che non vi è stato o che non si è concluso il procedimento di negoziazione.

Non può, invero, non evidenziarsi la differenza tra il caso della negoziazione posta in essere prima del giudizio ed il caso della negoziazione effettuata a processo in corso.

Infatti, non bisogna dimenticare che per la Corte europea dei diritti dell'uomo la pendenza del giudizio ai fini della determinazione della ragionevole durata del processo si ha dal momento del deposito del ricorso o dalla notificazione della citazione.

**Quesito: cosa succede se il procedimento di negoziazione dura più del termine massimo fissato dalle parti o di quello legale di 3 mesi prorogabili per altri 30 giorni?**

Anche considerato che le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio, garantito dall'art. 24 Cost., non possono essere interpretate in senso estensivo (v. Cass. 967/04), deve ritenersi che se il procedimento di negoziazione dura più di 3 mesi le parti sono libere di iniziare il giudizio di merito. Infatti, l'art. 3, comma 2, della legge 162/14 prevede che la condizione di procedibilità si considera avverata anche se è decorso il termine massimo negoziale o legale.

Se il procedimento di negoziazione è iniziato ma non ancora concluso il giudice non sospende il giudizio in attesa del termine del procedimento e di un'istanza di riassunzione del processo, ma fissa un'udienza in data successiva alla scadenza del termine massimo. Scaduto quest'ultimo termine si è liberi di adire (o continuare ad adire) il giudice per l'affermazione giudiziale dei propri diritti. Ma se questo è già scaduto il giudice non è tenuto a fissare una nuova udienza anche se il procedimento è iniziato ma non si è concluso (salvo che non vi sia una concorde richiesta delle parti) e ciò denota che l'aspetto limitativo per il processo non è l'esaurimento del procedimento di mediazione ma la scadenza del termine massimo.

Si ricordi che con sentenza del 26 ottobre 2007 n. 355 la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 410 bis comma 2 c.p.c., censurato, in riferimento all'art. 111 comma 2 Cost., nella parte in cui prevede che, nel processo del lavoro, trascorso inutilmente il termine di sessanta giorni dalla presentazione della richiesta del tentativo obbligatorio di conciliazione, esso si considera comunque espletato ai fini di cui all'art. 412 bis c.p.c. La Consulta ha pure rilevato (con la sentenza della Corte costituzionale 19 dicembre 2006 n. 436) che questione analoga era già stata dichiarata inammissibile sulla base del rilievo che il legislatore può imporre condizioni all'esercizio del diritto di azione se queste, oltre a salvaguardare interessi generali, costituiscono, anche dal punto di vista temporale, una limitata remora all'esercizio del diritto stesso, mentre la pretesa secondo la quale "gli interessi generali" dovrebbero comunque prevalere impedendo l'esercizio del diritto di azione fino a quando il tentativo di conciliazione non sia stato effettivamente espletato, oltre ad essere contraddittoria rispetto al parametro costituzionale evocato, si risolve nel contrapporre una soggettiva valutazione al bilanciamento degli interessi, imposto dai valori costituzionali implicati.

L'imposizione di limiti all'accesso alla giustizia ordinaria non può tradursi in una sostanziale preclusione sine die della tutela giurisdizionale. Una ragionevole limitazione all'esercizio del diritto di accesso alla giustizia richiede una compressione temporalmente limitata dello stesso, con la conseguenza che, trascorsi i tre mesi, si sarà liberi di adire il giudice.

Il tentativo di conciliazione deve quindi considerarsi come espletato decorso il termine massimo convenzionale o, in sua assenza, di quello legale.

**15. La riservatezza nel procedimento di negoziazione assistita.**

### **Quesito**

La riservatezza del procedimento di negoziazione assistita può limitare il diritto alla prova in sede giudiziale?

L'art. 9 della legge 162/14 prevede che “è fatto obbligo agli avvocati e alle parti di comportarsi con lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute. Le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto. I difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite. A tutti coloro che partecipano al procedimento si applicano le disposizioni dell'art. 200 c.p.p. [segreto professionale] e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'art. 103 c.p.p. [garanzia di libertà del difensore –ispezioni e perquisizioni] in quanto applicabili. La violazione delle prescrizioni di cui al comma 1 e degli obblighi di lealtà e riservatezza di cui al comma 2 costituisce per l'avvocato illecito disciplinare”.

Quest'obbligo di riservatezza comporta che ciò che si è saputo in sede di negoziazione assistita (es. che la controparte guidava senza casco) non può mai costituire oggetto di prova in giudizio (tramite interrogatorio formale o prova testimoniale)?

Iniziando da un'ipotesi esemplificativa, si pensi al caso in cui in negoziazione una parte ammetta che non indossava il casco protettivo al momento in cui si è verificato il sinistro stradale. In questo caso la riservatezza del procedimento di negoziazione impedirà di articolare interrogatorio formale o prova testimoniale su questa circostanza?

La risposta preferibile è quella negativa in quanto l'art. 9 della legge 162/14 impedisce di articolare prove sulle dichiarazioni rese o sulle informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione, ma non impedisce anche di articolare prove sui fatti oggetto di queste dichiarazioni. Diversamente opinando si verrebbe a compromettere eccessivamente il diritto alla prova. Inoltre, sarebbe ben possibile dire tutto in negoziazione per evitare alla controparte di provare in giudizio quelle circostanze.

### **16. Sanzioni. Spese. Responsabilità aggravata e provvisoria esecuzione.**

#### **Quesito**

Quando il giudice può fare ricorso alla responsabilità aggravata o alla provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo?

Stabilisce l'art. 4 della legge 162/14 che “l'invito a stipulare la convenzione deve indicare l'oggetto della controversia e contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile”.

Analogamente a quanto previsto dagli artt. 91, comma 1, e 420, comma 1, c.p.c. e dagli artt. 8 e 13 d.lgs. 28/10 sulla mediazione si prevedono conseguenze negative per chi tiene un comportamento non collaborativo.

Con riferimento alla provvisoria esecuzione ci si chiede se il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo possa essere concesso sulla sola base della mancata

risposta all'invito a stipulare la convenzione di negoziazione assistita (o del rifiuto della stessa). Poiché il riferimento è al primo comma (e non al secondo comma) dell'art. 642 c.p.c., sembra da ritenere possibile l'emissione di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo fondato solo sulla detta mancata risposta o sull'indicato rifiuto. Probabilmente il legislatore ha ritenuto che potesse valere quale sostanziale ammissione della fondatezza della pretesa avversaria il semplice rifiuto o la semplice mancata risposta all'invito a stipulare la convenzione di negoziazione assistita. Poiché però si tratta di circostanza da valutare caso per caso ha attribuito al giudice la facoltà di concedere la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo. Invero, secondo l'art. 4 della legg 162/14 il giudice "può" valutare quel determinato comportamento ai sensi dell'art. 642, comma 1, c.p.c. (e ciò nonostante questa disposizione non concede poteri discrezionali al giudice). Pertanto, quando il creditore non è munito di cambiale o di assegno o di documentazione sottoscritta dal debitore comprovante il diritto fatto valere potrà ritenere per lui conveniente proporre invito alla stipula della convenzione di negoziazione assistita al fine di avere maggiori possibilità di ottenere la concessione della provvisoria esecuzione (con il solo sacrificio di attendere appena un mese). È quindi preferibile per il debitore che voglia ottenere una dilazione nel pagamento di quanto dovuto rispondere all'invito alla stipula della convenzione di negoziazione.

Va ora aggiunto che, poiché il citato art. 4 la norma lascia al potere discrezionale del giudice la decisione in merito alle dette conseguenze, pare eccessivo fare ricorso alla responsabilità aggravata o alla provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo quando il rifiuto abbia alla base un giustificato motivato.

Analogamente un rifiuto giustificato (così come un silenzio per i 30 giorni) difficilmente saranno posti a base della concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo e ciò in quanto tale rifiuto o tale silenzio non sembrano idonei a supportare la fondatezza delle ragioni creditorie.

Il problema è l'individuazione dei casi in cui può ritenersi ricorrente un giustificato motivo.

Si ripropone qui una questione analoga a quella che si è posta in materia di mediazione, questione in relazione alla quale il caso maggiormente discusso è stato quello del motivo legato all'infondatezza della pretesa avversaria, motivo spesso non ritenuto giustificato poiché alla base di qualunque controversia, senza la quale non esisterebbero i sistemi di ADR.

### **Quesito**

**Può valutarsi negativamente la condotta della mancata risposta all'invito alla negoziazione assistita o del suo rifiuto? Può applicarsi alla negoziazione assistita obbligatoria la sanzione prevista per la mancata ed ingiustificata comparizione in sede di mediazione?**

È noto che il d.lgs. 28/10 prevede, al comma 4 bis dell'art. 8, che "dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza

giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio”.

La prima disposizione prevede un particolare regime probatorio, che non sembra applicabile analogicamente al caso della negoziazione assistita in considerazione del divieto, sancito dall'articolo 14 delle disposizioni sulla legge in generale (disp. prel. c.c.), non è possibile l'applicazione analogica per le norme che derogano a principi generali (c.d. norme eccezionali).

E l'art. 8, comma 4 bis, del d.lgs. 28/10 deroga proprio ad un principio generale, che è quello per cui “il giudice può desumere argomenti di prova... dal contegno delle parti... nel processo” (art. 116 c.p.c.) e non dal comportamento tenuto delle parti fuori dal processo. E l'altra disposizione contenuta nel citato comma 4 bis dell'art. 8 del d.lgs. 28/10 contempla una misura sanzionatoria (tanto che la somma di denaro va corrisposta in favore dello Stato e non della controparte processuale) che, in quanto tale, deve soggiacere al principio di legalità, richiedendo una previsione esplicita e specifica. Conseguentemente, se l'invito alla stipula della convenzione di negoziazione non è seguito da adesione o è seguito da rifiuto entro trenta giorni dalla sua ricezione l'unica conseguenza è quella che sarà possibile instaurare il giudizio essendosi formata la condizione di procedibilità (in base al comma 2 dell'art. 3 della legge 162/14). Non vi è però spazio per alcuna sanzione.

### **17. Negoziazione assistita e contraddittorio.**

#### **Quesito**

Che cosa succede se non viene garantito il litisconsorzio necessario nella fase della negoziazione assistita? Sussiste la condizione di procedibilità se non viene fatta al proprietario del mezzo danneggiante la comunicazione dell'invito alla stipula della convenzione di negoziazione? Oltre a verificare la detta corrispondenza oggettiva, il giudice deve anche accertare che esista coincidenza soggettiva fra coloro che hanno partecipato al tentativo di conciliazione e quanti hanno assunto, nel successivo giudizio, la qualità di parte. Certo, nessun problema si porrà se tale coincidenza soggettiva non sussiste solo perché la domanda giudiziale viene avanzata nei confronti di uno solo dei più soggetti chiamati in negoziazione laddove non ricorra un caso di litisconsorzio necessario. Invece, considerato che nei giudizi a litisconsorzio necessario (come sono quelli relativi ai sinistri stradali) non può prescindere dalla presenza delle parti necessarie, non può iniziarsi un giudizio ritenendo che vi sia la condizione di procedibilità per alcune e non per altre. La condizione di procedibilità deve ricorrere per tutte le parti necessarie. E nelle cause sui sinistri stradali litisconsorte necessario è il proprietario del mezzo danneggiante e non il conducente (v., da ultimo, Cass. 13671/14 e 3875/14, v. anche Cass. 11885/07) Se la negoziazione è stata svolta senza la comunicazione dell'invito al proprietario del mezzo danneggiante il giudice dovrà ritenere assente la condizione di procedibilità.

Conseguentemente, il giudice dovrebbe assegnare il termine di 15 giorni per la comunicazione dell'invito alla negoziazione nei confronti di tutti (comprese le parti che già vi hanno partecipato).

Tuttavia, per quanto si dirà meglio sulla prevalenza del principio del contraddittorio sul principio della ragionevole durata del processo, si dovrebbe disporre l'integrazione del contraddittorio per l'udienza successiva e, solo dopo che il contraddittorio sarà stato regolarmente instaurato e tutte le parti avranno potuto interloquire sulle condizioni per svolgere la negoziazione, assegnare il termine per la nuova proposizione del procedimento di negoziazione nei confronti di tutti i litisconsorti.

### **Quesito**

**Quali sono, con riferimento alla negoziazione assistita ed alla relativa condizione di procedibilità, i rapporti tra il principio della ragionevole durata del processo ed il principio del contraddittorio?**

Per rispondere a tale domanda può essere utile ricordare ciò che è stato deciso con riferimento alla mediazione obbligatoria, in relazione alla quale particolare rilievo al principio del contraddittorio ha dato il Tribunale di Palermo. Infatti, in un caso in cui non era andata a buon fine la notificazione dell'atto di citazione ad uno dei convenuti in un giudizio relativo ad una controversia in materia di diritti reali non preceduto dal procedimento di mediazione il Tribunale di Palermo (sezione distaccata di Bagheria, ordinanza del 30 dicembre 2011) non ha assegnato il termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione (con rinvio della causa ad un'udienza successiva alla scadenza del termine, di 4 mesi, di durata massima della mediazione), ritenendo che dovesse prima instaurarsi correttamente il contraddittorio tra le parti. Si è ritenuto, in generale, che non può disporsi la rinnovazione della citazione o della notificazione della stessa o l'integrazione del contraddittorio per una successiva udienza con contestuale assegnazione del termine per la proposizione dell'istanza di mediazione. Come detto, è infatti necessario garantire a tutte le parti del giudizio la possibilità di interloquire sulla necessità o meno di instaurare il procedimento conciliativo (con riferimento, ad esempio, alla circostanza della sussumibilità della specifica controversia in quelle soggette per legge alla mediazione obbligatoria).

L'invio delle parti in mediazione (o, analogamente, in negoziazione assistita) contestualmente all'imposizione degli adempimenti per la regolare instaurazione del contraddittorio sarebbe sì una soluzione attuativa del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, ma impedirebbe alle parti ancora non presenti in giudizio di evidenziare le ragioni per cui non andrebbe effettuata la mediazione obbligatoria e potrebbe comportare, in caso di presentazione davanti al mediatore del chiamato in mediazione, la sopportazione di costi ad opera di quest'ultimo soggetto ancora non costituito in giudizio e la necessità per lo stesso chiamato, in caso di sua contumacia nel procedimento di mediazione, di dover motivare il giustificato motivo della sua assenza qualora decidesse di costituirsi poi in giudizio e ciò al fine di evitare le conseguenze negative previste dall'art. 8, comma 5, d.lgs. 28/10 (nello stesso senso del Tribunale di Palermo anche Trib. Como, sez. distaccata di Cantù, 2 febbraio 2012, che, prima di invitare le parti alla mediazione giudizialmente sollecitata, ha ritenuto di dovere integrare il contraddittorio). Per il Tribunale di Palermo è vero che più volte la Corte di Cassazione ha evidenziato che l'ordinamento vigente impone la necessità di interpretare ed applicare la normativa processuale in armonia con il principio di cui

all'art. 111 Cost. sulla ragionevole durata del processo come principio che conduce ad escludere che il mancato compimento di adempimenti processuali che si siano appalesati del tutto superflui possa condurre ad una conseguenza di sfavore per il processo, ma che è anche vero che ciò vale sempre che siano rispettati il principio del contraddittorio ed il diritto di difesa (v. Cass., sez. un., 20604/08; sez. un. 9962/10; sull'incidenza sulle regole processuali del principio della ragionevole durata del processo solo dopo la regolare instaurazione del contraddittorio v. anche, in materia di decisioni della c.d terza via, Cass., sez. III, 6051/10).

#### **18. La necessità o meno dell'esperimento del procedimento di mediazione in relazione alle domande riconvenzionali ed alle chiamate di terzo.**

È innanzitutto del tutto evidente che se in un giudizio vi sono più attori tutte le domande di questi richiedono la condizione di procedibilità se concernono controversie sottoposte a negoziazione assistita obbligatoria, con la conseguenza che se solo per alcune domande sussiste la condizione di procedibilità, allora talune domande potrebbero essere separate dalle altre (per evitare di allungare i tempi per tutti) purché ricorra (e non è semplice) un caso di litisconsorzio facoltativo. Certo, sarà difficile procedere ad una separazione delle domande in caso di loro connessione. Più complessa è la questione dei rapporti tra negoziazione assistita obbligatoria e domanda riconvenzionale.

Al riguardo va in primo luogo chiarito che sicuramente non occorre il previo espletamento del procedimento di negoziazione assistita se la riconvenzionale amplia solo il petitum ma non anche l'oggetto della controversia (v, in tema di controversie sui contratti agrari, Cass. 27255/08 e Cass. 2388/02, 1897/02 e 4982/01. Sull'onere, ai fini della proponibilità della domanda, del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione anche nei confronti del convenuto che proponga una domanda riconvenzionale v. pure Cass.830/06; 15802/05; 10993/03; 14900/02).

#### **Giurisprudenza rilevante**

Per Cass. 27255/08 "in tema di controversie concernenti contratti agrari, anche la domanda riconvenzionale deve essere preceduta, a pena di improponibilità, dal tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 46 della legge 3 maggio 1982 n. 203. Tale regola, tuttavia, non si applica allorché ricorrano due presupposti, ovvero che le parti del giudizio coincidano con le parti del tentativo obbligatorio di conciliazione e che la formulazione della domanda riconvenzionale non comporti alcun ampliamento della controversia già oggetto della tentata conciliazione, perché fondata su questioni già esaminate in quella sede. Ove ricorrano tali presupposti, la domanda riconvenzionale sarà proponibile pur se non preceduta dal tentativo di conciliazione, a nulla rilevando che essa abbia l'effetto di ampliare il "petitum" rispetto alla fase conciliativa". V. anche Cass. 2388/02, 1897/02 e 4982/01. Per Cass. 23816/07 "in tema di contratti agrari, la domanda riconvenzionale, al pari di quella proposta dall'attore, deve essere preceduta dal tentativo di conciliazione di cui all'art. 46 della legge 3 maggio 1982, n. 203 e, in mancanza, deve essere dichiarata improponibile; tuttavia, non sussiste la necessità di tale preventivo tentativo qualora

il convenuto abbia già dedotto le relative richieste nella procedura di conciliazione sperimentata dall'attore".

Nessun problema si pone, quindi, quando il tentativo di conciliazione sia stato svolto su tutte le pretese delle parti.

In ipotesi di confronto effettivo e completo tra i litiganti, la procedura di negoziazione assistita poteva già conseguire la finalità deflattiva cui è preordinata. E se le parti non si sono conciliate sulla domanda dell'attore pur avendo trattato dei fatti e delle questioni posti dal convenuto a base della domanda riconvenzionale poi proposta in sede di giudizio, allora è evidente che non si concilieranno se il giudice invia in mediazione la sola domanda riconvenzionale. Venuto meno lo scopo compositivo della lite e deflattivo del contenzioso giudiziario, resta solo l'interesse al celere e sollecito esaurimento della fase processuale.

Non sussiste quindi la necessità del previo espletamento del procedimento di negoziazione assistita qualora il convenuto abbia già dedotto le relative richieste nella procedura compositiva sperimentata dall'attore.

Ed anche in assenza di una specifica richiesta in fase di negoziazione assistita, certamente basta pure (non rilevando il petitum ma l'oggetto del procedimento di negoziazione assistita) che la questione specifica, oggetto di quella pretesa poi formulata in sede giudiziaria in via riconvenzionale, sia stata trattata nel contraddittorio di tutte le parti interessate alla controversia in occasione del procedimento di negoziazione assistita, ancorché questo si sia svolto su istanza della parte attrice (v. Cass. 14 novembre 2008, n. 27255; Cass. 19436/08; Cass. 16 novembre 2007, n. 23816; Cass. 14 luglio 2003, n. 10993; Cass. 19 febbraio 2002, n. 2388; Cass. 17 gennaio 2001, n. 593; Cass. 8 giugno 1999, n. 5613; Cass. 8 agosto 1995, n. 8685; Cass. 5 ottobre 1995, n. 10447; Cass. 27 aprile 1995, n. 4651). Se in sede di procedimento di negoziazione assistita la questione posta dal convenuto è stata dibattuta tra le parti, allora è sicuramente procedibile la domanda riconvenzionale.

Deve ora pure chiarirsi che va escluso che l'onere del preventivo esperimento del procedimento di negoziazione assistita possa gravare sulla parte che, convenuta in giudizio, ed al fine di resistere alle altrui pretese, si limiti a spiegare, in sede difensiva, delle mere eccezioni in senso proprio, negando fondamento alla pretesa di controparte. È infatti certamente da escludere l'onere del previo esperimento del procedimento di negoziazione assistita quando il giudice accerti che le difese svolte dal convenuto non integrano una domanda riconvenzionale, tenendo conto che l'elemento distintivo della eccezione (anche riconvenzionale) rispetto alla domanda riconvenzionale risiede non già nella natura del diritto fatto valere dal convenuto, ma nel fine che questi si propone, e cioè nel contenuto della sua istanza processuale, dovendosi ravvisare la configurabilità di una domanda riconvenzionale nella sola ipotesi in cui questa tenda ad un risultato concreto ulteriore rispetto al semplice rigetto della domanda avversaria, consistente nella richiesta, con effetto di giudicato di un provvedimento giudiziale a sè favorevole e sfavorevole alla controparte (v. Cass. 10017/03).

**Le riconvenzionali inedite e la negoziazione assistita obbligatoria.**

Meno semplice è il caso in cui la negoziazione assistita non sia stata svolta anche sui fatti posti dal convenuto a base delle pretese (qualificabili in termini di domanda riconvenzionale) del convenuto. Questa è, quindi, la fattispecie delle riconvenzionali inedite, emerse, cioè, solo nella fase giudiziale della lite ma non anche dinanzi ai soggetti preposti alla negoziazione assistita.

In questi casi la domanda riconvenzionale viene ad ampliare l'ambito della controversia rispetto a quelli che sono stati i confini della stessa in sede di procedimento di negoziazione assistita, investendo aspetti nuovi della lite.

Si pensi al caso della domanda riconvenzionale di regresso formulata dalla Compagnia di Assicurazioni che non aveva aderito alla negoziazione assistita o che non aveva fatto cenno a questa sua richiesta in sede di negoziazione.

In relazione al tema delle c.d. riconvenzionali inedite è bene partire dal testo dell'art. 3 della legge 162/14 che prevede che "chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti deve, tramite il suo avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Allo stesso modo deve procedere, fuori dei casi previsti dal periodo precedente e dall'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro. L'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale".

Trattasi di formula analoga a quella impiegata per il rito del lavoro, in relazione al quale la giurisprudenza di legittimità non ha avuto modo di pronunciarsi, la dottrina ha in diversi casi sostenuto la tesi della non estendibilità del tentativo di conciliazione alle domande riconvenzionali e la giurisprudenza di merito ha avuto modo di affermare entrambe le tesi.

### **Giurisprudenza rilevante**

Contro l'applicabilità del tentativo di conciliazione alle domande riconvenzionali, v. Trib. Ivrea 22 dicembre 2004 in Giur. it., 2005, 1684 e in Nuova giur. civ. comm. 2006, p. 68, con nota di Demontis; Trib. Taranto ord. 18 aprile 2002, in Giur. it. 2003, 78, con nota di Rascio; Trib. Torino 14 febbraio 2002, in Giur. piem. 2003, 181; Trib. Milano 10 febbraio 2001, in Lav. nella giur., 2001, 997; Trib. Forlì ord. 11 maggio 2000, in Lav. nella giur. 2000, 979. V anche Trib. Campobasso 8 ottobre 1999, in Giust. civ., 2000, I, 909, ove però si esclude l'applicazione del tentativo obbligatorio di conciliazione sul presupposto che si tratti di una eccezione riconvenzionale. In favore dell'applicabilità del tentativo di conciliazione v. invece Trib. Milano 10 marzo 2005, in Riv. crit. dir. lav., 2005, 634; Trib. Voghera ord. 21 dicembre 2004, in Riv. crit. dir. lav., 2005, 315, con nota di Busico; Trib. Pordenone 13 febbraio 2001, in Dir. lav., 2001, 271, con nota di Pamio; Trib. Velletri 7 marzo 2000, in Mass. giur. lav., 2000, 875; Pret. Napoli 31 marzo 1999, in Guida al lav., 1999, fasc. 21, 14; Pret. Milano 9 marzo 1999, in Lav. nella giur., 1999, 575.

Con riferimento al settore dei contratti agrari, settore in relazione al quale è prevista una condizione di proponibilità e non di procedibilità (v. il primo comma dell'art. 46

della legge 3 maggio 1982 n. 203), la Suprema Corte ha invece avuto modo di prendere posizione sostenendo la necessità del tentativo di conciliazione anche per le domande riconvenzionali (v., in materia di contratti agrari, Cass. 19436/08; 23816/07; 830/06; 11192/05; 10993/03; 10017/03; 467/02; 408/02; 12756/01; 10497/01; 7445/01; 593/01).

### **Riferimenti normativi**

Il primo comma dell'art. 46 della legge 3 maggio 1982 n. 203 recita: "chi intende proporre in giudizio una domanda relativa a una controversia in materia di contratti agrari è tenuto a darne preventivamente comunicazione, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, all'altra parte e all'ispettorato provinciale dell'agricoltura competente per territorio".

Analogamente, in tema di responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli e natanti ed in relazione all'abrogato art. 22 della legge 24 dicembre 1969, n. 990, si è affermato che la relativa condizione di proponibilità (e non di procedibilità) dell'azione risarcitoria trova applicazione, "tenendo conto del difetto di espresse limitazioni e della "ratio" della disposizione medesima (favore per il soddisfacimento stragiudiziale delle istanze di risarcimento), anche con riguardo alla domanda riconvenzionale avanzata dal convenuto che assuma a sua volta la responsabilità dell'attore" (Cass. 12189/98. In questo senso v. anche Cass. 2269/06 e 22597/09).

Invece, all'art. 2 del regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/ CONS. dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, si prevede che "l'utente finale non è tenuto ad esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 3 per formulare eccezioni, proporre domande riconvenzionali ovvero opposizione a norma degli articoli 641 c.p.c. e ss."

Passando ora all'esame delle domande riconvenzionali formulate nelle controversie relative alle materie soggette a negoziazione assistita obbligatoria in base alla legge 162/14, va in primo luogo osservato che potrebbe sembrare risolutivo il chiaro dettato normativo del comma 1 dell'art. 3, che richiede, come già visto, la condizione di procedibilità del previo esperimento del tentativo in relazione ad ogni domanda che si vuol fare valere in giudizio.

D'altronde, nell'ottica dell'estensione della negoziazione assistita obbligatoria anche alle domande riconvenzionali si può evidenziare che la negoziazione assistita obbligatoria riguarda le domande formulate in giudizio in certe "materie" ed all'interno di queste ultime non può distinguersi in relazione alle modalità di presentazione della domanda.

Senza considerare che, ritenendo diversamente, potrebbe risultare economicamente conveniente, in caso di controversia tra due parti con richieste reciproche, attendere l'iniziativa altrui in sede di negoziazione assistita, non stipulare la convenzione di negoziazione e poi formulare le domande riconvenzionali in giudizio.

Tuttavia, sono diversi gli argomenti che portano a ritenere preferibile la tesi per cui il tentativo obbligatorio di negoziazione non si estende alle domande riconvenzionali in quanto:

1) il suo esperimento non sortirebbe l'effetto di chiudere il giudizio in corso. La conciliazione stragiudiziale, proprio in quanto stragiudiziale, ha lo scopo - nell'intento deflativo perseguito da tutti i sistemi di ADR - di evitare il giudizio, mentre il procedimento di negoziazione assistita sulla domanda riconvenzionale non è generalmente idoneo, dopo il fallimento del procedimento di negoziazione assistita sulla domanda principale, a porre fine al giudizio. Peraltro, difficilmente l'attore, che ha già (vanamente) sperimentato il procedimento di negoziazione assistita sulla sua domanda, si presenterà di nuovo al tavolo della negoziazione;

2) si allungherebbero notevolmente i tempi di definizione del processo (in contrasto con l'art. 111 della Costituzione). Il procedimento di negoziazione assistita, come gli altri sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, può produrre effetti positivi se non prolunga i tempi processuali, anche considerato che per C.

Cost. 276/00 il diritto di azione può essere limitato con la previsione di procedure di negoziazione se vi è un limite temporale. In proposito è il caso di osservare che la possibile violazione del parametro dell'art. 111 Cost. sulla ragionevole durata del processo non si pone con riferimento ai contratti agrari ed alla materia della responsabilità civile per sinistri stradali (con riferimento alla proponibilità della domanda di cui all'art. 145, commi 1 e 2, D.lgs. 209/2005, c.d. Codice delle assicurazioni) in quanto in questi casi il previo esperimento del procedimento di negoziazione si configura come condizione di proponibilità (e non di procedibilità come nella legge 162/14). Conseguentemente, la domanda riconvenzionale non preceduta dal tentativo di conciliazione viene dichiarata, nei due casi appena indicati, improponibile e non comporta alcun allungamento dei tempi processuali. Diversamente, quando il procedimento di negoziazione viene configurato come condizione di procedibilità, il procedimento va instaurato anche a processo giurisdizionale iniziato, con inevitabile dilatazione dei tempi. Fare rientrare la domanda riconvenzionale nell'ambito della negoziazione assistita obbligatoria rischierebbe di esporre, sotto questo profilo, l'art. 3 della legge 162/14 a possibili censure di incostituzionalità per violazione dell'art. 111 Cost. Occorre invece assolutamente procedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme della legge 162/14. Peraltro, si consideri che nella realtà dei fatti il giudice, qualora dovesse inviare le parti in negoziazione sulla riconvenzionale, rinvierebbe spesso ad un'udienza di ben oltre tre mesi successiva a quella nella quale ha rilevato l'improcedibilità della riconvenzionale;

3) il tentativo di conciliazione non avrebbe comunque modo di essere esperito in via preventiva (cfr. Tribunale Taranto sez. III, 18 aprile 2002, in *Giur. it.* 2003, 78 con nota di Rascio, in *Giur. merito* 2003, 1394 con nota di Tiscini, in *Dir. e giur.* 2003, 406 con nota di Della Pietra). Non sarebbero invero compatibili, da un lato, una domanda che (come la riconvenzionale) presuppone l'avvenuta instaurazione del processo e, dall'altro, una procedura che, invece, ha l'obiettivo di evitare che il giudizio venga mai ad esistenza;

4) l'art. 3 della legge 162/14 prevede che l'improcedibilità vada eccepita dal "convenuto", in tal modo evidenziando che l'improcedibilità si riferisce solo alle

domande dell'attore. Né varrebbe sostenere che l'attore è da qualificare come convenuto in relazione alla domanda riconvenzionale dell'altra parte. In realtà, il destinatario di una domanda riconvenzionale non è un convenuto. Convenuto è solo chi è chiamato in giudizio, chi riceve una *vocatio in ius*. Il codice di rito non definisce mai come convenuto l'attore che è destinatario di una domanda riconvenzionale. Anche l'art. 183 c.p.c. parla sempre di attore in relazione a colui nei cui confronti viene formulata una domanda riconvenzionale e che può avanzare una *reconventio reconventonis*. Se il legislatore parla di "convenuto" deve farsi riferimento al concetto di "convenuto" impiegato dallo stesso legislatore;

5) le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio, garantito dall'art. 24 Cost., non possono essere interpretate in senso estensivo (v. Cass. 967/04). Peraltro, questa non è una condizione di procedibilità gratuita ma costosa. E non può non considerarsi, inoltre, che se il giudice manda le parti in negoziazione assistita per la domanda riconvenzionale non è solo il convenuto a pagare il suo avvocato ma vi è anche il fatto che se l'attore accetta di stipulare la convenzione di negoziazione, egli deve pagare il suo legale anche se ha già pagato per la negoziazione assistita sulla domanda principale. E tutto ciò non pare esigibile e sembra lontano dalle effettive esigenze delle parti;

6) occorre evitare che vengano formulate domande riconvenzionali al solo fine di costringere il giudice a mandare le parti di nuovo in negoziazione, allungando così i tempi del giudizio. Né varrebbe osservare che per le riconvenzionali strumentalmente formulate esiste il rimedio previsto dal terzo comma dell'art. 96 c.p.c. come sanzione degli abusi del processo. A parte il fatto che è noto quanto poco sia stata di fatto applicata tale norma (ed è prevedibile che continuerà ad essere scarsamente impiegata anche dopo la sua recente modifica), vi è che, se si fanno rientrare le domande riconvenzionali nell'ambito della negoziazione assistita obbligatoria, intanto tali domande verranno formulate e dovranno essere pure istruite prima di comprendere se sono infondate.

Sarebbe quindi preferibile intendere la locuzione "chi intende esercitare in giudizio un'azione" (art. 3, comma 1, legge 162/14) come "chi intende instaurare un giudizio". In questo senso, con riferimento alla mediazione obbligatoria, v. Trib. Palermo, sezione distaccata di Bagheria 11 luglio 2011.

Ecco che non sembra condivisibile l'impostazione per cui, in caso di proposizione di domanda riconvenzionale non preceduta dal procedimento di negoziazione assistita, il giudice dovrebbe (eventualmente anche disponendo, quando le domande non sono connesse, la separazione della domanda principale dalla domanda riconvenzionale) concedere il termine di 15 giorni per la comunicazione dell'invito alla stipula della convenzione di negoziazione assistita e rinviare ad un'udienza successiva alla scadenza del termine massimo di durata della negoziazione assistita, fissato dall'art. 2 della legge 162/14 in 3 mesi prorogabile di altri 30 giorni su accordo delle parti (cfr. sul punto, sempre in relazione alla mediazione obbligatoria, anche Tribunale Padova 22 gennaio 2004, in Riv. dir. agr. 2004, II, 136. Vale comunque la pena di precisare che,

pur adottando tale prospettiva, l'accertata improcedibilità di una domanda riconvenzionale in conseguenza dell'omesso tentativo di conciliazione non spiegherebbe ipso facto influenza sulla procedibilità della domanda di parte attrice, dovendosi, anche in relazione ad essa, accertare autonomamente se sia stata o meno preceduta dal tentativo in questione - v. Cass. 11374/02).

Il giudice, pertanto, non deve effettuare alcun rinvio e non deve concedere alcun termine per la negoziazione assistita sulla domanda riconvenzionale, la quale va considerata procedibile. Il giudizio deve andare avanti normalmente, in modo da potere avere una durata ragionevole.

Peraltro, si consideri che, se si ritenesse di assoggettare la domanda riconvenzionale al previo espletamento del procedimento di negoziazione assistita, si verificherebbe che il giudice, per non ritardare l'iter processuale sulla domanda principale, dovrebbe, se possibile, come già accennato, separare, ex art. 103 comma 2 c.p.c., la domanda riconvenzionale da quella principale. Ed è del tutto evidente l'enorme incremento del numero dei fascicoli processuali che discenderebbe da un'operazione di sdoppiamento delle cause effettuata tutte le volte in cui c'è una domanda riconvenzionale.

Ponendosi quindi nell'ottica (che non si condivide) di ricondurre la riconvenzionale nell'ambito della negoziazione assistita obbligatoria, è prevedibile che tale separazione avverrebbe di fatto molto raramente, considerato che verrebbe quasi sempre ritenuto non opportuno né una separata decisione delle due domande, molto spesso connesse (oggettivamente e soggettivamente) tra loro, né una sopportazione ad opera delle parti dei costi e degli oneri di due processi.

Nella pratica succederebbe che il giudice rinvierebbe in negoziazione assistita la domanda riconvenzionale senza separare le domande, rinviando tutta la causa ad un'udienza di almeno 4 mesi (3 mesi prorogabili di altri 30 giorni secondo il citato art. 2 legge 162/14) successiva ed invitando le parti a riportare in negoziazione assistita anche la domanda principale e ciò nella consapevolezza che difficilmente la negoziazione assistita andrebbe a buon fine su una sola parte della materia del contendere e che comunque nella negoziazione assistita sulla riconvenzionale si tratterebbe inevitabilmente anche della domanda principale.

In presenza di una negoziazione assistita obbligatoria sulla riconvenzionale è da credere che si riterrà che il termine di 3-4 mesi per il procedimento di negoziazione assistita in questione non si dovrebbe contare ai fini della legge Pinto (analogamente a quanto previsto dall'art. 7 del d.lgs. 28/2010). Certo, è bene precisare che l'art. 7 del d.lgs. 28/2010 è poco compatibile con la giurisprudenza della Corte EDU che ritiene che il dies a quo della ragionevole durata coincida con il deposito del ricorso o con la notifica della citazione, con la conseguenza che, a giudizio in corso, la sottrazione di tempi per effetto di previsioni normative su subprocedimenti non giurisdizionali (come la mediazione) sembra togliere uno *spatium temporis* che per la Corte Edu potrebbe risultare lesivo del principio di cui all'art. 6 CEDU.

Comunque, l'invio in negoziazione assistita delle parti sulla domanda riconvenzionale si risolverebbe, molto spesso, dopo il già accertato fallimento della negoziazione assistita sulla domanda principale, nel fallimento anche della negoziazione assistita

sulla domanda riconvenzionale, la quale va quindi tenuta fuori, per tutte le ragioni sopra indicate, dalla negoziazione assistita obbligatoria.

A queste conclusioni è giunto, come già osservato e con riferimento alla mediazione obbligatoria, il Trib. Palermo, sezione distaccata di Bagheria 11 luglio 2011.

A soluzione diversa è invece pervenuto, con riferimento alla sola ipotesi delle riconvenzionali inedite e sempre relativamente alla mediazione obbligatoria, il Trib. Firenze 14 febbraio 2012, che - in relazione ad un caso in cui la domanda principale non rientrava, *ratione temporis*, nelle previsioni dell'art. 5 d.lgs. n.28/2010, mentre la domanda riconvenzionale era stata proposta il 13.2.2012, quando cioè il primo comma dell'art. 5 in questione era già entrato in vigore relativamente alla materia oggetto del giudizio, ossia quella locatizia - ha affermato che la domanda riconvenzionale c.d. inedita, cioè non inserita prima in sede di mediazione (ad esempio, nella procedura di mediazione iniziata per la domanda principale), deve reputarsi soggetta al tentativo obbligatorio di conciliazione. Il giudice fiorentino ha valorizzato il favor per le soluzioni alternative delle controversie che emerge dalla direttiva europea in tema di mediazione (2008/52/CE), dalla "magna charta of judges" approvata il 17 novembre del 2010 dal Consiglio consultivo dei giudici europei in seno al consiglio d'Europa e dalla Raccomandazione sui giudici approvata dal Comitato dei Ministri degli Stati europei.

Affermando, poi, che il principio della ragionevole durata del processo andava valutato insieme al principio della ragionevole durata della risoluzione della lite, che la mediazione poteva fare venire meno del tutto, e precisando che non andava disposta la separazione delle domande tenuto conto delle finalità compositive della procedura di mediazione e del fatto che la mediazione deve, per sua natura, riguardare il rapporto nella sua interezza, il Tribunale di Firenze ha quindi non soltanto differito l'udienza ex art. 418 c.p.c. in relazione alla domanda riconvenzionale inedita, ma ha anche assegnato il termine per la proposizione della domanda di mediazione relativamente alla medesima riconvenzionale, rinviando la causa ad epoca successiva al periodo previsto dall'art. 6 del d.lgs. n. 28/10 per il procedimento di mediazione.

Molto simile era il caso che si è posto davanti al Trib. Como, sez. distaccata di Cantù, ordinanza 2 febbraio 2012. Si trattava di una domanda principale non soggetta alla mediazione obbligatoria (non *ratione temporis*, però, ma perché afferente materia diversa da quelle indicate al primo comma dell'art. 5 d.lgs. 28/10) e di una domanda riconvenzionale (di usucapione) ritenuta dal giudice rientrante nella mediazione obbligatoria. Il Tribunale di Como ha affermato che anche le domande riconvenzionali inedite vanno in mediazione obbligatoria (anche per evitare un'ingiustificata disparità di trattamento tra attore, onerato di proporre la domanda di mediazione, e convenuto) e che sulle domande principali, che dovrebbero essere separate per evitare l'irragionevole durata del processo, è bene dare luogo alla mediazione su provvedimento del giudice.

**La reconventio reconventionis, la chiamata di terzo e le domande trasversali.**

È noto che il codice di procedura civile consente all'attore di proporre, nell'udienza di prima comparizione, domande ed eccezioni in conseguenza della domanda

riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto (art. 183, comma V, c.p.c.). La domanda in questione è la c.d. *reconventio reconventionis*.

È altrettanto noto, poi, che il convenuto può proporre domanda contro altro convenuto già parte del processo, così come può avanzarle verso chi, non essendo ancora parte del processo, venga chiamato a parteciparvi (artt. 106, 167, ultimo comma e 269, 2° comma, c. p. c.). Si tratta delle domande trasversali.

Ora, in relazione alla *reconventio reconventionis* possono riproporsi, *mutatis mutandis*, le stesse argomentazioni sopra esposte con riferimento alla tesi dell'esclusione della necessità del previo procedimento di negoziazione assistita ai fini della procedibilità della domanda riconvenzionale (invece, sostiene, con riferimento ai contratti agrari, la necessità del tentativo di conciliazione anche alla *reconventio reconventionis* formulata dall'attore - convenuto in riconvenzionale - Cass. civ., Sez. III, 27 aprile 1995, n.465). Si può però aggiungere che l'art. 3 della legge 162/14 prevede che l'eccezione di improcedibilità vada formulata dal convenuto entro la prima udienza (in base a quanto previsto dall'art. 3 della legge 162/14 l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza ed in particolare prima della concessione dei termini ex art. 183, comma 6, c.p.c., in quanto rientrante tra le questioni rilevabili d'ufficio, che vanno evidenziate dal giudice, secondo quanto previsto dall'art. 183 c.p.c., prima della concessione dei termini in questione). E pare davvero inverosimile che il legislatore abbia imposto al convenuto di formulare un'eccezione nella stessa udienza in cui può proporsi la *reconventio reconventionis* (e lo stesso ragionamento vale, poi, anche per la chiamata del terzo fatta dall'attore).

Con riferimento alle domande trasversali (verso altro convenuto o verso terzi chiamati in causa) ed alle domande del terzo interveniente (in ipotesi di interventi di terzo c.d. innovativi, ossia quelli che comportano un ampliamento del *thema decidendum*) si noti che anche in questo caso, al pari delle domande riconvenzionali del convenuto, è bene non richiedere la condizione di procedibilità.

La mediazione sulla domanda da parte del terzo o verso il terzo o altro convenuto non ha, in presenza del fallimento della mediazione sulla domanda principale, quasi nessuna possibilità di evitare la controversia.

E valgano, poi, le stesse ragioni sopra esposte in relazione all'esclusione dall'ambito della negoziazione assistita obbligatoria delle domande riconvenzionali.

Di contro, nessun problema si pone, all'evidenza, con riferimento agli interventi di terzo non innovativi, poiché non allargano l'oggetto del giudizio.

Inoltre, non ha senso, in caso di negoziazione assistita già effettuata in modo fallimentare sulla domanda principale, inviare al procedimento di negoziazione assistita solo, ad esempio, una domanda di garanzia senza che sia ancora definito processualmente il rapporto principale. Se la domanda di un convenuto verso altro convenuto presuppone la soccombenza del primo nei confronti dell'attore, non vi è alcuna ragione (né mirante ad una composizione della lite né finalizzata ad una deflazione del contenzioso giudiziario) per inviare in negoziazione assistita dopo

l'esito negativo della negoziazione assistita sulla domanda principale e prima della statuizione giudiziale definitiva su tale domanda, la domanda in questione.

In questo caso, in cui la domanda trasversale del convenuto dipende dalla domanda dell'attore, la negoziazione assistita non avrebbe la possibilità di evitare la controversia. Il processo deve continuare regolarmente.

Certo, è quantomeno utile che gli avvocati indichino nel verbale eventuali controprese del convenuto in negoziazione e dispongano la chiamata in negoziazione assistita di terzi (quali le compagnie di assicurazione) verso i quali una delle parti intende avanzare domande. Anche perché, altrimenti, l'eventuale accordo raggiunto tra le parti non potrebbe essere fatto valere nei confronti della compagnia. Ancora si osservi che se si ritenesse di dovere inviare in negoziazione assistita anche le domande riconvenzionali o di terzi o formulate verso terzi si potrebbe pure verificare che, instaurato da un danneggiato un giudizio per un sinistro stradale dopo il fallimento del procedimento di negoziazione assistita, il giudice debba inviare le parti in negoziazione assistita (e rinviare la causa ad oltre 4 mesi) sia dopo l'eventuale riconvenzionale della compagnia di assicurazione sia (a giudizio ripreso dopo la tentata ulteriore negoziazione assistita) dopo l'intervento di un terzo danneggiato che voglia anch'egli ottenere il risarcimento del danno. Né potrebbe dirsi che a questo punto la negoziazione assistita obbligatoria non si applica. Tutte le domande formulate da terzi intervenienti nel corso del giudizio potrebbero comportare procedimenti di negoziazione assistita ulteriori rispetto a quelli già effettuati sulla domanda principale e sulla domanda riconvenzionale.

In conclusione, sembra che vadano escluse dall'ambito della negoziazione assistita obbligatoria tutte le domande (riconvenzionale inedita, domanda trasversale, reconventio reconventionis) che siano diverse da quella dell'attore proposta con l'atto introduttivo del giudizio. Lo scopo del legislatore che ha introdotto la negoziazione assistita obbligatoria è quello di aumentare i casi di composizione extragiudiziale della lite e di introdurre una ridotta limitazione del principio della ragionevole durata del processo. Probabilmente le stesse parti non vedrebbero con favore una soluzione giurisprudenziale costruita nel senso di imporre la (comunque costosa) negoziazione assistita anche sulle riconvenzionali, dopo che un procedimento di negoziazione assistita sulla domanda principale è stato già sperimentato senza che sia emersa in quella sede la questione posta dal convenuto alla base della riconvenzionale. Ed è bene che le soluzioni giurisprudenziali, oltre ad essere costituzionalmente ed eurounitariamente conformi, tengano anche conto del loro impatto pratico.

### **19. Altre questioni in tema di negoziazione assistita e processo.**

#### **Quesito**

Nella negoziazione assistita in tema di sinistri stradali le parti ed i loro avvocati possono avvalersi dell'opera di un esperto?

È noto a tutti che le controversie in tema di sinistri stradali possono avere concrete possibilità di trovare una soluzione concordata se sussiste un punto di riferimento in termini di determinazione dell'entità del danno biologico e dei giorni di inabilità temporanea.

Tuttavia, la legge 162/14 non contiene, a differenza del d.lgs. 28/10 in tema di mediazione (v. art. 8, comma 4), una disposizione normativa che preveda che ci si possa avvalere di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali.

Nulla però esclude che le parti ed i loro avvocati possano nominare dei comuni consulenti medicolegali.

Certo, mentre il d.lgs. 28/10 prevede che il regolamento di procedura dell'organismo di mediazione disciplini le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti, nel caso della negoziazione assistita il compenso del consulente nominato sarà determinato d'intesa tra il professionista e le parti o, in assenza di accordo preventivo, secondo le tariffe vigenti (v. art. 2225 c.c.).

### **Quesito**

Può prodursi nel giudizio civile la consulenza svolta nel procedimento di negoziazione assistita?

Posto, quindi, che si può espletare una consulenza in sede di negoziazione assistita, è possibile ritenere che, stante la riservatezza che caratterizza il procedimento di negoziazione assistita (come gli altri procedimenti conciliativi), per prodursi in giudizio la consulenza espletata nel procedimento di mediazione sembra necessario il consenso di entrambe le parti. E ciò nonostante l'art. 9, comma 2, legge 162/14 preveda l'inutilizzabilità in giudizio delle "informazioni acquisite nel corso del procedimento" senza contemplare una deroga per il caso di "consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni", come invece accade per la mediazione ex art. 10, comma 1, d.lgs. 28/10. Con il consenso di entrambe le parti possono, infatti, derogarsi molti limiti processuali.

Occorre poi chiedersi, con riferimento al caso in cui vi sia il consenso delle parti alla produzione della consulenza redatta dall'esperto nominato dal mediatore, se sia utilizzabile in giudizio una tale consulenza.

L'opinione negativa si fonda sul rilievo per cui "il consulente non ha offerto la propria prestazione sotto il vincolo del giuramento di cui all'art. 193 c.p.c. Tale incumbente non è certo una formalità posto che, se svolto senza contraddittorio delle parti (v. Cass. civ., Sez. Un., 29 novembre 1974, n. 3907) o del tutto omesso, determina addirittura la nullità dell'elaborato peritale (in passato, la Corte ha statuito che la nomina del consulente tecnico effettuata dal notaio delegato dal Giudice istruttore per le operazioni divisionali, anziché dal Giudice istruttore che ne deve ricevere il giuramento ai sensi dell'art. 193, c.p.c., è nulla, cfr. Cass. civ. 30 ottobre 1961, n. 2490, in «Mass. Giur. It.» 1961, 763). L'eventuale elaborato potrà, allora, semmai essere acquisito al processo al solo fine di confluire nell'incartamento del CTU nominando per l'espletamento del suo incarico, quale documento ulteriore di ausilio ai fini dell'attività; giammai, invece, il Giudice potrebbe decidere la lite sulla base della sola perizia consegnata ai mediatori" (v. G. Buffone, *Risoluzione alternativa delle liti civili e commerciali*, in *Il civilista*, marzo 2010, pag. 24). A ciò si aggiunga che il valore attribuibile alla consulenza fatta redigere in sede di negoziazione assistita non sarebbe comunque inferiore a quello attribuito dalla giurisprudenza alla consulenza stragiudiziale di parte, con l'aggiunta che la consulenza posta in essere nel

procedimento di negoziazione assistita è disposta da un soggetto imparziale (in quanto scelto da tutte le parti) ed è realizzata da un soggetto non legato da vincoli alle parti. Ora, è vero che la consulenza di parte, ancorché confermata sotto il vincolo del giuramento, costituisce una semplice allegazione difensiva di carattere tecnico, priva di autonomo valore probatorio (non trattandosi di circostanze acquisite alla causa attraverso prove orali o documentali), con la conseguenza che il giudice di merito, ove di contrario avviso, non è tenuto ad analizzarne e a confutarne il contenuto, quando ponga a base del proprio convincimento considerazioni con esso incompatibili e conformi al parere del proprio consulente (v. Cass. 20821/06; 5687/01; 8240/96). Tuttavia, è anche vero che il giudice di merito può fondare la propria decisione su una consulenza tecnica stragiudiziale, purché fornisca adeguata motivazione di tale sua valutazione (v. Cass. 2574/92; 1416/87; 1504/83; 3882/81)<sup>10</sup>.

## NOTE

1 Sono escluse le controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori. Sono anche esclusi i casi in cui la parte può stare in giudizio personalmente (art. 3 comma 7) e le ipotesi già rientranti nella mediazione obbligatoria (art. 3 comma 1).

2 Alle medesime conclusioni perveniva, anche se sulla base di un diverso ragionamento, il Tribunale di Pisa, ordinanza 3 agosto 2011 (in Foro it., 2012, 1, I, 270) che assumeva consapevole posizione difforme rispetto al Tribunale di Varese sotto il profilo della motivazione. Secondo il Trib. di Pisa la domanda per CTU preventiva ex art. 696 bis c.p.c. va esclusa dalla mediazione in quanto procedimento “urgente”, sottratto alla mediazione in virtù dell’art. 5 comma 3 d.lgs. 28/2010. Il Trib. di Pisa precisa anche che la mediazione va richiesta solo per le controversie che orbitano su “giudizi di merito” e non anche riguardo a quelle che, come la CTU preventiva, sono finalizzate alla raccolta di una prova preventiva.

Pertanto, per iniziare un procedimento sommario di cognizione in relazione alle materie rientranti nella negoziazione obbligatoria occorre la condizione di procedibilità del previo esperimento del procedimento di negoziazione).

3 Tale diversa disciplina è probabilmente dovuta al fatto che il legislatore ha voluto evitare che si ponesse nella negoziazione assistita la questione (che già si era posta nella mediazione) dell’individuazione del soggetto (opposto o opponente) su cui fare gravare l’onere dell’instaurazione del procedimento stragiudiziale.

4 Nella quale si legge che “l’esclusione dei procedimenti di ingiunzione e di convalida di licenza o sfratto (lettere a e b) si giustifica per il fatto che in essi ci troviamo di fronte a forme di accertamento sommario con prevalente funzione esecutiva. Il procedimento è caratterizzato da un contraddittorio differito o rudimentale, e mira a consentire al creditore di conseguire rapidamente un titolo esecutivo. Appare pertanto illogico frustrare tale esigenza imponendo la mediazione o comunque il differimento del processo (sulla non applicabilità del tentativo obbligatorio di conciliazione al

procedimento ingiuntivo v. del resto Corte cost. 6 febbraio 2001, n. 29; Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276). È stato peraltro previsto che la mediazione possa trovare nuovamente spazio all'esito della fase sommaria, quando le esigenze di celerità sono cessate, la decisione sulla concessione dei provvedimenti esecutivi è stata già presa e la causa prosegue nelle forme ordinarie”.

5 È da ritenere che in qualche caso questa certificazione mancherà in conseguenza della valutazione, da parte di qualche avvocato, della responsabilità connessa alla formulazione di un'errata attestazione. Se il chiamato ha aderito all'invito dopo il decorso del termine di 30 giorni allora dovrà ritenersi comunque possibile la conclusione della convenzione di negoziazione assistita e sarà bene concedere un rinvio a dopo la scadenza del termine massimo legale (3 mesi + 1). Infine, poiché (venendo qui in questione una condizione di procedibilità e non di proponibilità della domanda) la citazione può essere notificata anche prima della comunicazione dell'invito alla stipula della convenzione di negoziazione assistita (o in assenza di tale invito, caso nel quale il giudice concede il termine di 15 giorni per provvedere), il giudice dovrebbe pure accertarsi, qualora la comunicazione sia stata fatta e manchino un esplicito rifiuto o un'esplicita adesione, se siano decorsi i 30 giorni per potere accettare o rifiutare l'invito.

8 Analogamente, con l'ordinanza del 16 luglio 2014 il Tribunale di Roma (XIII Sezione civile – Giudice Moriconi) nel corso di un giudizio (in materia di responsabilità medica) nel quale era stata acquisita una CTU disposta nel procedimento ai fini della conciliazione della lite (articolo 696-bis del Cpc.) ed in sede di trasformazione del rito ex articolo 702-ter, comma 3, Cpc, ha formulato una proposta conciliativa ed ha disposto immediatamente per il caso della mancata adesione delle parti la mediazione delegata, con l'avvertenza che è richiesta alle parti l'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione demandata e che la mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione demandata dal giudice, oltre a poter attingere alla stessa procedibilità della domanda, è in ogni caso comportamento valutabile nel merito della causa. Principio di effettività della mediazione applicato dunque alla mediazione demandata dal giudice (articolo 5, comma 2, Dlgs 28/2010) ma che già viene ritenuta applicabile anche alla mediazione obbligatoria preventiva ex lege (articolo 5, comma 1-bis, Dlgs 28/2010).

9 Da ultimo v. Tribunale di Vasto 9.3.2015.

10 In giurisprudenza ha ritenuto producibile in giudizio, ma con limitato valore probatorio, la perizia espletata in mediazione Trib. Roma, sez. XIII, 17/3/2014, secondo il quale la relazione redatta dal consulente tecnico nel corso di un procedimento di mediazione che si concluda senza accordo può essere prodotta nel successivo giudizio ad opera di una delle parti senza violare le regole sulla riservatezza, in virtù di un equilibrato contemperamento fra l'esigenza di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione e quella di economicità e utilità delle attività

che si compiono nel corso ed all'interno di tale procedimento. Ne consegue che il giudice potrà utilizzare tale relazione "secondo scienza e coscienza con prudenza, secondo le circostanze e le prospettazioni, istanze, e rilievi delle parti" più che per fondare la sentenza "per trarne argomenti ed elementi utili di formazione del suo giudizio" ovvero anche "per costituire il fondamento conoscitivo ed il supporto motivazionale (più o meno espresso) della proposta del giudice ai sensi dell'art. 185 bis c.p.c.". Nel caso di specie – un'assunta "malpracrice" medico-sanitaria - il giudice, pur ammettendo la produzione della relazione dell'esperto non ritiene di trarne elementi di utilità, neppure fra le parti fra le quali si è validamente svolto l'esperimento di mediazione.

## **19 .La Transazione:**

### **1. lineamenti generali**

La transazione è un contratto concluso tra due o più parti al fine di porre termine ad una lite già iniziata o di prevenirla, qualora sussista il serio pericolo che la stessa possa essere instaurata. Si tratta di un contratto tipico, espressamente regolato dal codice civile, che nell'art. 1965 lo definisce come "il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere fra loro".

Gli elementi caratterizzanti sono quindi costituiti dallo stato di incertezza, anche solo soggettivo, riguardo ad una situazione giuridica e dallo scopo delle parti di porvi termine, sia nel caso in cui una vertenza sia già stata instaurata dinanzi all'autorità giudiziaria e sia nel caso in cui si voglia prevenirla l'insorgenza.

Altro elemento essenziale è costituito dalle concessioni reciprocamente effettuate dalle parti al fine di raggiungere l'accordo. In altri termini è necessario che il regolamento di interessi predisposto attraverso l'accordo transattivo realizzi una via di mezzo fra le contrastanti pretese delle parti. Tuttavia, la corrispettività dei sacrifici non va considerata in relazione alle effettive situazioni giuridiche, ma piuttosto alle rispettive pretese, cioè alle situazioni giuridiche affermate dalle parti, prescindendo quindi dal loro reale fondamento.

L'accordo transattivo riveste una funzione di grande importanza per le parti, in quanto, da un lato evita le incertezze, le lungaggini e le inevitabili delusioni di un giudizio, e dall'altro contribuisce al bilanciamento degli interessi delle parti attraverso vicendevoli sacrifici.

Nonostante l'indubbia utilità del contratto di transazione, vanno segnalate alcune limitazioni al suo utilizzo.

Non tutti i diritti delle parti possono infatti costituire oggetto di una transazione, da circoscriversi alle controversie relative a diritti disponibili (art. 1966 cod. civ.).

In materia di rapporti di lavoro (e di collaborazione soggetti al rito del lavoro, quale ad esempio il contratto di agenzia svolto dall'agente in maniera prevalentemente personale), l'art. 2113 cod. civ., 1° comma, dispone che le rinunce e le transazioni su diritti derivanti da disposizioni inderogabili della legge o dei contratti collettivi sono invalide. A ulteriore garanzia del titolare dei diritti, il secondo comma stabilisce che l'impugnazione deve essere proposta, anche con un atto stragiudiziale, entro sei mesi dalla cessazione del rapporto o dalla data dell'atto, se rinunce o transazioni siano perfezionate dopo l'estinzione del rapporto.

La transazione deve essere conclusa da soggetti capaci di disporre dei propri diritti (art. 1966, c.c.).

Parti della transazione possono essere, oltre alle persone fisiche, persone giuridiche o altri enti. Hanno il potere di concludere transazioni il curatore fallimentare (art. 35 L.F.), il sequestratario d'azienda, il commissario giudiziale nella fattispecie dell'amministrazione controllata (art. 191 L.F.), il commissario liquidatore nel caso di liquidazione coatta amministrativa (art. 206 L.F.) ed il commissario nell'ipotesi di amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi.

Per quanto attiene all'applicazione dell'imposta di registro, l'art. 29 del D.P.R. 26/04/86 n. 131 così dispone: "Per le transazioni che non importano trasferimento di proprietà o trasferimento o costituzione di diritti reali l'imposta si applica in relazione agli obblighi di pagamento che ne derivano senza tenere conto degli obblighi di restituzione né di quelli estinti per effetto della transazione; se dalla transazione non derivano obblighi di pagamento l'imposta è dovuta in misura fissa".

Figure affini

Tenendo presenti le caratteristiche della transazione, appaiono evidenti le differenze esistenti non solo con riferimento alla conciliazione in giudizio (ex art. 185 c.p.c.) che presuppone l'intervento dell'autorità giudiziaria, ma anche in relazione ad altre forme di composizione stragiudiziale della lite, quali la rinuncia ed il compromesso.

La rinuncia comporta, infatti, non un equo contemperamento di interessi tra le parti, ma il sacrificio esclusivo di una di esse, che in sostanza accetta il punto di vista della controparte.

Con il compromesso, invece (art. 806 c.p.c.), la composizione della lite non avviene per mezzo di un accordo negoziale fra le parti, bensì mediante deferimento della controversia ad uno o più arbitri, la cui decisione acquisterà valore vincolante analogo a quello proprio delle sentenze (art. 825 c.p.c.).

Transazione semplice, complessa e novativa

In linea generale i contratti di transazione possono distinguersi tra transazioni semplici, transazioni complesse e transazioni novative. Esamineremo sinteticamente qui di seguito le differenti caratteristiche di ciascuna tipologia.

## Transazioni semplici e complesse

La prima distinzione individuabile nel contratto di transazione è quella tra transazione semplice e transazione complessa. Nella prima ipotesi, le reciproche concessioni delle parti restano nell'ambito della situazione giuridica dedotta in lite, mentre nella seconda le medesime trascendono dalla sfera del rapporto litigioso e coinvolgono interessi estranei alla lite.

Quest'ultima ipotesi è contemplata dal 2° comma dell'art. 1965 cod. civ. che prevede la possibilità, attraverso reciproche concessioni delle parti, di creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti.

In altri termini, con il contratto di transazione è possibile coinvolgere a vario titolo anche rapporti diversi rispetto a quello che ha dato origine alla controversia per la cui definizione è stato posto in essere in negozio transattivo.

## Transazione novativa

Frequentissima e quasi costante nella prassi contrattuale è poi la cosiddetta transazione novativa. In questa ipotesi il rapporto controverso, sulla base di uno specifico accordo delle parti, viene interamente estinto e sostituito con un altro, dal quale derivano nuove obbligazioni incompatibili con le precedenti. Va in proposito evidenziato che la distinzione è valutata dalla giurisprudenza nel senso che : **L'efficacia novativa della transazione presuppone una situazione di oggettiva incompatibilità tra il rapporto preesistente e quello originato dall'accordo transattivo, in virtù della quale le obbligazioni reciprocamente assunte dalle parti devono ritenersi oggettivamente diverse da quelle preesistenti, con la conseguenza che, al di fuori dell'ipotesi in cui sussista un'espressa manifestazione di volontà delle parti in tal senso, il giudice di merito deve accertare se le parti, nel comporre l'originario rapporto litigioso, abbiano inteso o meno addivenire alla conclusione di un nuovo rapporto, costitutivo di autonome obbligazioni. (In applicazione di tale principio, la S.C., ha confermato la sentenza di merito, evidenziando, tra l'altro, che la circostanza che la transazione fosse avvenuta con atto pubblico era irrilevante, ai fini della sua qualificazione come novativa).( Sez. 1 - , Sentenza n. 23064 del 11/11/2016 (Rv. 642407 - 01) Inoltre, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che si configura transazione novativa anche in difetto di un'espressa manifestazione di volontà delle parti, quando il complesso dei patti transattivi sia incompatibile con la sopravvivenza del pregresso rapporto (Cass. 19/5/2003, n. 7830 ).**

Le conseguenze pratiche della più intensa efficacia con cui agisce **la transazione novativa** si manifestano in due differenti direzioni: risoluzione per inadempimento e garanzie reali e personali connesse al rapporto preesistente.

La transazione novativa, salvo diversa espressa volontà delle parti (art. 1976 cod. civ.) esclude per definizione la possibilità di risoluzione per inadempimento, non potendo verificarsi una reviviscenza del rapporto preesistente.

Per quanto concerne invece le garanzie che accompagnano il rapporto preesistente, mentre nella transazione ordinaria esse sopravvivono all'accordo oggetto di transazione, estendendosi al nuovo rapporto, nella transazione novativa decadono, salva l'espressa riserva delle parti (art. 1232 cod. civ.).

## Effetti

La transazione, in linea di principio, al pari di ogni altro contratto, ha effetto solo fra le parti che la stipulano. Ne deriva che nel caso in cui la transazione sia stata stipulata tra il creditore e uno dei condebitori solidali si deve fare applicazione del disposto di cui all'art. 1304 c.c. (cfr. in proposito Ordinanza n. 16087 del 18/06/2018 *L'art. 1304, comma 1, c.c. si riferisce unicamente alla transazione che abbia ad oggetto l'intero debito, e non la sola quota del debitore con cui è stipulata, poiché è la comunanza dell'oggetto della transazione che comporta, in deroga al principio per cui il contratto produce effetti soltanto tra le parti, la possibilità per il condebitore solidale di avvalersene, pur non avendo partecipato alla sua stipulazione; né la conseguente riduzione dell'ammontare dell'intero debito, pattuita in via transattiva con uno solo dei debitori, ma operativa anche nei confronti del condebitore che dichiara di voler profittare, può essere impedita dalla pattuizione di una clausola di contrario tenore, essendo inibito alle parti contraenti disporre del diritto potestativo attribuito dalla legge ad un terzo estraneo al vincolo negoziale ed esercitabile, come tale, anche nel corso del processo, senza alcun requisito particolare di forma né limiti di decadenza.*) Non può escludersi tuttavia che in un accordo transattivo siano contenute anche pattuizioni a favore di terzi. Non esiste infatti alcuna incompatibilità tra il contratto a favore di terzo e la transazione, in quanto, se questa richiede reciproche concessioni tra le parti, ciò non contrasta con il fatto che dal contratto a favore di terzo derivano a costui solo diritti e non anche obblighi, dal momento che le reciproche concessioni sono a carico delle parti, ed il terzo non è parte, ma un estraneo, sul quale per volontà dei contraenti, si riflettono effetti contrattuali a lui favorevoli.

Per quanto attiene all'efficacia del contratto transattivo nel tempo, in generale è da escludersi una efficacia retroattiva, ferma restando peraltro la libertà delle parti di farne retroagire gli effetti nell'esercizio del loro potere di autonomia.

Va però tenuto presente che la transazione novativa intervenuta nel corso del giudizio sull'obbligazione in giudizio determina la cessazione del contendere e costituisce, nel caso di introduzione di una nuovo giudizio paralizza la pretesa avversaria in quanto copre **il dedotto e il deducibile** (cfr. Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 23482 del 09/10/2017 secondo cui : **L'oggetto del negozio transattivo va identificato non in relazione alle espressioni letterali usate dalle parti, non essendo necessaria una puntuale specificazione delle contrapposte pretese, bensì in relazione all'oggettiva situazione di contrasto che le parti stesse hanno inteso comporre attraverso reciproche concessioni, giacché la transazione -**

**quale strumento negoziale di prevenzione di una lite - è destinata, analogamente alla sentenza, a coprire il dedotto ed il deducibile)**

Nel caso poi di transazione conclusa con uno soltanto dei condebitori solidali,

### *Forma*

La forma scritta per il contratto di transazione è richiesta solo ad probationem (art. 1967 cod. civ.) e cioè non per la validità del contratto ma per fornire la prova della sua esistenza. Unica eccezione a questa regola di carattere generale è prevista per i casi di transazione aventi ad oggetto controversie relative a rapporti giuridici che concernono beni immobili, diritti reali immobiliari o altri rapporti ad essi assimilati (art. 1350 cod. civ. n. 12), nel qual caso la forma scritta si configura quale elemento essenziale del contratto, pena la nullità del negozio stesso (Cass. 02/07/03 n. 10456). E' inoltre necessaria la trascrizione per i diritti immobiliari (art. 2643 cod. civ. n. 13) e per i beni mobili registrati (art. 2684 cod. civ. n. 4).

Di norma tuttavia, qualora si raggiunga un accordo di carattere transattivo è certamente preferibile formalizzarlo per iscritto, proprio ad evitare che il contratto concluso per prevenire una lite ne faccia sorgere un'altra in ordine alla sua esistenza, interpretazione od efficacia.