



CAMERA DI COMMERCIO
INDUSTRIA ARTIGIANATO E AGRICOLTURA

COMMISSIONE PER LA REGOLAZIONE DEL MERCATO

ELEMENTI DI VESSATORIETA' NELLA MODULISTICA DI MEDIAZIONE IMMOBILIARE DEPOSITATA PRESSO LA COMMISSIONE DEL RUOLO AGENTI DI AFFARI IN MEDIAZIONE DELLA C.C.I.A.A. DI ROMA.

La Commissione per la regolazione del mercato della Camera di Commercio di Roma, istituita con Delibera di Giunta n. 9 del 26 gennaio 2004 in attuazione dell'art. 2, comma 4 lett. b) e c) della L. 29 dicembre 1993, n. 580

Visti gli artt. 4 e 5 del Regolamento della Commissione per la regolazione del mercato, che ne disciplinano competenze e funzioni;

Valutata la rilevanza degli elementi di fatto e di diritto acquisiti dall'Area Disciplina del Mercato in tema di elementi di vessatorietà presenti nella modulistica di mediazione immobiliare depositata presso la Commissione del Ruolo degli agenti di affari in mediazione della Camera di Commercio di Roma e ritenuto, pertanto, di avviare il procedimento, cui sono stati chiamati a partecipare, con apposite audizioni, le associazioni di categoria dei mediatori immobiliari e le agenzie sui cui modelli si è concentrato l'esame in data 12.05.2004 e le associazioni dei consumatori in data 23.07.2004;

Terminata l'istruttoria, ai sensi dell'art. 9 del Regolamento emana il seguente

PARERE

PREMESSA

Appare opportuno, preliminarmente, precisare le motivazioni che hanno indotto la Commissione a rivolgere la propria attenzione al settore della mediazione immobiliare.

Nel compiere tale scelta si è considerata la circostanza della disponibilità dei moduli presso la Camera che ha consentito un rapido lavoro di reperimento del materiale da esaminare, ma soprattutto si è considerata la rilevanza del mercato della compravendita immobiliare. Tale rilevanza è stata valutata, sia con riferimento al complessivo volume di affari ed alla percentuale di esso che transita attraverso le agenzie immobiliari, sia, soprattutto, pensando alla "sensibilità" del consumatore rispetto alla materia, dal momento che la propensione all'acquisto della casa da parte delle famiglie si aggira intorno al 75% e che circa il 70% della popolazione è stato stimato essere proprietario di casa. Inoltre l'acquisto di immobili viene sempre più visto dalle famiglie italiane come forma di investimento e risparmio.

L'ambito locale sul quale si è incentrata l'indagine della Commissione è, ovviamente, la provincia di Roma¹. Alla data del 31/01/2004 il numero totale degli iscritti alla sezione immobiliare

¹ E' utile precisare che altre Camere di Commercio italiane si sono già occupate del settore in esame elaborando pareri e linee – guida che non sempre presentano una perfetta omogeneità. Tale circostanza, che assume maggior rilievo in tutti

del Ruolo mediatori, con esclusione dei soggetti cancellati, ammontava a **7.707**.² Di questi, 6.127 corrispondono a soggetti individuali (ditte individuali ovvero persone fisiche) mentre 1.580 sono società, sia di persone che di capitali.

Per quanto concerne la distribuzione territoriale, 5.530 iscritti hanno residenza nel comune di Roma (dei quali 4.354 risultano essere soggetti individuali e 1.176 le società) e 2.177 risiedono negli altri comuni della provincia. Tuttavia occorre notare che, soprattutto nel caso dei mediatori iscritti come persone fisiche, la zona di residenza può non coincidere con quella nella quale viene effettivamente svolta l'attività imprenditoriale.

Da un'analisi complessiva dei moduli inviati dal Ruolo mediatori all'Area Disciplina del mercato a partire dal mese di luglio 2003 si evince la presenza di tre macro tipologie di imprese operanti nel territorio provinciale: reti in *franchising*, imprese che si presentano come aderenti ad associazioni di categoria, imprese non rientranti in alcuna delle due precedenti tipologie e del tutto autonome.

Le reti di *franchising* sono spesso il risultato di un'evoluzione che ha portato una realtà imprenditoriale di piccole dimensioni ad assurgere al ruolo di *franchisor* presente in vari casi a livello nazionale. Vengono utilizzati gli strumenti tipici dell'organizzazione in franchising così come vengono studiati nelle trattazioni di marketing e organizzazione aziendale ossia il marchio, il *design* degli arredi, il *know how* comune, l'esclusiva territoriale, gli aspetti promozionali e pubblicitari, la struttura a rete e infine una modulistica uniforme³. Tali reti rappresentano ormai una parte rilevante, se non forse maggioritaria, del mercato.

Circa la modulistica, va notato come nei moduli sia quasi sempre presente una formula nella quale è scritto che ogni agenzia è un'impresa giuridicamente autonoma. Ciò indurrebbe a pensare che tale autonomia possa riguardare anche la redazione del contenuto dei moduli, ma in realtà non sembrerebbe che le cose stiano esattamente in questi termini se non altro perché i moduli degli affiliati ad ogni singolo *network* appaiono sempre del tutto uguali tra loro. L'inserimento di una siffatta formula apparirebbe, quindi, mirato a far gravare sulla singola impresa affiliata le eventuali conseguenze giudiziarie determinate dai moduli. All'interrogativo se in questi casi l'azione inibitoria, o comunque l'azione legale in genere, fosse esperibile solo nei confronti del *franchisee*, anello locale della catena ma anche interfaccia operativa del consumatore, o anche nei confronti del *franchisor* il quale abbia imposto l'adozione di moduli o formulari contrattuali predisposti al fine di uniformare l'attività negoziale della propria rete, la dottrina⁴, ricorrendo ad una interpretazione

quei settori in cui operatori diffusi sull'intero territorio nazionale adottino formule contrattuali uniformi, è frutto dell'autonomia garantita a ciascun Ente dalla L. 580/93 ed ha avuto come conseguenza una non forte propensione del mercato ad adeguarsi a pareri e documenti ben argomentati dal punto di vista scientifico, ma necessariamente privi di omogeneità contenutistica. Da qui la necessità - sottolineata dagli stessi imprenditori, in particolare da coloro che operano su scala nazionale - di un maggior coordinamento del sistema camerale che consenta l'elaborazione di pronunce univoche e dotate di maggior autorevolezza. Uno dei criteri di coordinamento proposti è quello della competenza territoriale: procederebbe al controllo sulla vessatorietà della modulistica soltanto la Camera nel cui ambito territoriale ha sede legale l'impresa, e l'esito di tale controllo avrebbe valore in tutti gli ambiti territoriali in cui operi l'impresa. Tale criterio, sebbene di facile e rapida applicazione, non dà garanzie a fronte della facoltatività che contraddistingue l'attivazione del servizio di controllo delle clausole vessatorie: *quid iuris* in caso di conclamata ed accertata vessatorietà individuata in modulistica adottata da imprese aventi sede legale nella provincia di una Camera che non ha attivato il servizio? L'auspicio è dunque quello di giungere a forme di coordinamento veramente efficaci che diano maggior peso e forza all'azione del sistema camerale in materia di clausole vessatorie e di regolazione del mercato in genere.

² Fonte: Ruolo degli Agenti di affari in Mediazione della CCIAA di Roma, nota prot. 34323 del 12 febbraio 2004.

³ Per una panoramica sul fenomeno del franchising immobiliare in Italia, comprensiva anche dei dati del mercato e delle modalità operative di adesione ai network, vedere anche il sito www.immofranchising.com

⁴ G.Cian, Il nuovo capo XIV - bis del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori, in *Studium IURIS*, 411; M. Bin, Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?), in *Contratto e Impresa / Europa*, 1996, fasc. 2, 451.

estensiva dell'espressione "utilizzo di condizioni generali di contratto", ha concluso affermando la possibilità di esperire tale azione anche nei confronti del *franchisor*. La giurisprudenza, nei rari casi nei quali è stata chiamata a pronunciarsi sul punto⁵, ha confermato l'interpretazione compiuta dalla dottrina, dichiarando (nel caso del rapporto tra concessionario e produttore, simile a quello tra *franchisor* e *franchisee*) che l'inibitoria è esperibile tanto nei confronti del concessionario, in qualità di utilizzatore diretto delle condizioni generali di contratto, quanto nei confronti della casa costruttrice, che ne raccomanda l'utilizzazione. A fugare ogni dubbio è poi intervenuta la L. 14/2003 che, integrando il testo del 1° comma dell'art. 1469 *sexies*, ha reso possibile l'azione inibitoria anche nei confronti di professionisti o associazioni di professionisti che utilizzano o raccomandano condizioni generali di contratto.

Circa il 20% delle imprese del settore aderiscono alle associazioni di categoria; le principali sigle sono FIAIP, FIMAA e ANAMA. Alcune delle associazioni hanno elaborato una modulistica la cui adozione viene consigliata agli iscritti; tra i formulari esaminati se ne rinvennero molti che segnalano appunto la loro provenienza da una o dall'altra associazione, anche se non tutti gli associati adottano i formulari delle associazioni.

I formulari consigliati dalle associazioni di categoria sembrano quelli interessati da un minor numero di problematiche di vessatorietà e ciò può trovare una spiegazione anche nel metodo generalmente concertato che li ha originati.

Un rilevante numero di formulari è stato, infine, depositato da imprese non aderenti ad alcuna associazione né ad alcuna rete di *franchising*. Un'analisi generale della relativa modulistica mostra la presenza di una variegata tipologia di criticità sul fronte del carattere vessatorio delle clausole. Questo aspetto variegato deriva ovviamente dalla parcellizzazione del tessuto imprenditoriale al quale i formulari fanno riferimento in quanto esso sfugge per sua stessa natura e definizione ai fenomeni di *reductio ad unum* che invece si riscontrano nelle due tipologie precedentemente esaminate. A livello di dislocazione territoriale queste imprese sembrano agire soprattutto in ambito provinciale esterno alla città di Roma, tuttavia non mancano anche esempi operanti in città.

A fronte della situazione sopra descritta la Commissione ha convenuto con l'indirizzo operativo seguito dalla Segreteria di procedere all'analisi dei moduli attraverso l'individuazione di alcuni *leading case* che costituissero un campione rappresentativo dell'articolazione dei soggetti presenti sul mercato. Si sono, così, analizzati i moduli di una rete in *franchising* diffusa sia in ambito provinciale che nazionale, i moduli di soggetti imprenditoriali (rete *franchising* ed imprese autonome) aderenti ad un'associazione di categoria, sia che utilizzino i formulari proposti dalle associazioni, sia che non lo facciano ed infine quelli di un soggetto imprenditoriale autonomo, apparentemente non legato ad alcuna associazione, discretamente inserito nel tessuto economico cittadino.

MODULISTICA ESAMINATA E CLAUSOLE PIÙ RICORRENTI

Due sono state le tipologie di moduli oggetto di esame al fine di rilevare situazioni di vessatorietà nei confronti dei consumatori:

a) l'incarico di vendita, nel quale si rinvennero di solito le clausole a maggior rischio di vessatorietà – quali irrevocabilità, esclusiva, penale, obbligo di accettazione della proposta, esonero da responsabilità del mediatore, foro competente;

⁵ Trib. Torino, ord. 14 agosto 1996, ord. 16 agosto 1996, ord. 4 ottobre 1996, in Foro It., I, 264 ss.

b) la proposta di acquisto, che presenta generalmente situazioni di potenziale vessatorietà, oltre che in relazione alle clausole di cui sopra, anche e soprattutto in riferimento al termine temporale della sua vigenza.

Nell'operazione di vaglio delle clausole alla luce della disciplina dettata dagli artt. 1469 bis e seguenti del Codice civile, per dovere di completezza, non si è trascurato di esaminare la figura, della c.d. mediazione atipica, elaborata nella prassi e dalla giurisprudenza con lo scopo di tutelare maggiormente l'operato del mediatore professionale ed i suoi diritti attraverso un rafforzamento del vincolo contrattuale gravante sul consumatore che dà l'incarico e che si realizza attraverso una limitazione della libertà contrattuale di quest'ultimo. Sono così stati introdotti i patti di irrevocabilità ed esclusiva e le clausole penali previste in caso di revoca dell'incarico prima del decorso del termine pattuito o di violazione dell'obbligo di concludere l'affare alle condizioni indicate⁶.

La modulistica di mediazione immobiliare sembrerebbe dunque integrare pienamente la fattispecie della mediazione atipica, il cui presupposto di legittimità è però la pattuizione delle clausole e non l'imposizione delle stesse attraverso l'utilizzazione di formulari predisposti dal mediatore, su cui il consumatore non ha facoltà di intervenire, circostanza questa che fa ricadere la fattispecie sotto le previsioni dell'art. 1469 bis e seguenti del Codice civile.

Alcuni operatori⁷ hanno sostenuto la non vessatorietà delle clausole di esclusiva ed irrevocabilità basandosi sul principio della non contrarietà a buona fede, intesa in senso oggettivo. Tali clausole mirerebbero a preservare un'organizzazione aziendale che, strutturata e dispendiosa, è

⁶ Per una panoramica delle pronunce giurisprudenziali e delle tesi dottrinali sull'ammissibilità o meno della mediazione atipica e sul significato delle clausole penali cfr. Cassazione civile, sez. III, 16/02/1998, n. 1630, su Foro it., I, p. 2662. Si vedano anche: Cassazione civile, sez. III, 01/06/2000, n. 7273; Cassazione civile, sez. III 24/05/2002, n. 7630; Cassazione civile, sez. III, 28/03/1997, n. 2766; Cassazione civile, 19/04/1995, n. 4339 in Giust. Civ. Mass., 1995, pag. 848; Tribunale di Roma, 21 dicembre 1994, in Gius 1995, 353 (s.m.); Tribunale di Napoli, 1 marzo 1991 in Dir. Giur. 1992, 668; Tribunale di Venezia, 5 marzo 1998, in Foro pad. 1999, I, 76.

Sulle clausole penali: Tribunale di Monza, Sezione distaccata di Desio, 28/08/2002, su rivista "I contratti", ed. IPSOA, area mediazione; Cassazione civile, sez. II, 31/01/1989, n. 595 in Giust. Civ. Mass., fasc. 1; Cassazione civile, sez. I, 20/01/2000, n. 9532, nella seconda parte in cui si occupa della clausola penale.

Contra: Perfetti, La mediazione – Profili sistemati ed applicativi, Milano, 1996, 105 ss., spec 114 secondo cui "è evidente come tutte le clausole che in un modo o nell'altro agganciano la remunerazione al solo esercizio in sé dell'attività prescindendo completamente da qualsiasi collegamento con la conclusione dell'affare, danno vita ad una fattispecie che non ha nulla a che vedere con la mediazione e che piuttosto rimanda al contratto d'opera"; Spasari M. L., I contratti di mediazione nella compravendita immobiliare, Nuove leggi civ. 1997, II, 1126, secondo cui le clausole "con cui l'agenzia si garantisce di fronte alla mancata realizzazione del guadagno, si pongono in netto contrasto con i principi fondamentali sulla mediazione e creano a carico del consumatore, al di là della prova di qualsiasi contrattazione, uno squilibrio fra i diritti e gli obblighi discendenti dal contratto"; Giacobbe E., Il contratto di mediazione e la giurisprudenza, tra spunti ricostruttivi e dubbi applicativi, Giust. Civ. 2003, 2 -3, 0419A che afferma la inderogabilità "per congruità con il tipo" dell'art. 1755 c.c. nella parte in cui dispone il nesso di dipendenza della provvigione dalla conclusione dell'affare, con la conseguenza che a tale norma si può derogare solo adottando una differente tipologia negoziale; Marini, La mediazione, in Il Codice civile. Commentario a cura di Schlesinger, Milano, 1992, 92.

Si veda anche Tribunale di Lecco, 1 aprile 1988, in Giust. Civ. 1989, I, 712, secondo cui "è nullo per illiceità della causa il contratto con cui una c.d. agenzia di mediazione, pur non essendosi obbligata al compimento di alcuna attività nei confronti di una parte contraente, conviene che, in caso di mancata conclusione dell'affare la parte medesima dovrà versargli una somma di denaro a titolo di compenso dell'attività svolta e di mancato guadagno"; Pretura di Lecco, 4 febbraio 1987, in Giur. Merito 1988, 33, secondo cui "è illegittima la domanda, contenuta nell'atto di conferimento di incarico di mediazione, con la quale al mediatore viene riconosciuta una somma (superiore al rimborso spese) a titolo di compenso per l'attività svolta anche nel caso in cui l'affare non venga concluso".

⁷ Audizione delle imprese ed associazioni di mediatori immobiliari dinanzi alla Commissione per la regolazione del mercato della C.C.I.A.A. di Roma, tenutasi in data 12.05.2004. Memorie presentate dal Prof. Avv. Sertorio per conto Gabetti S.p.a. e dalla Gruppo Toscano S.p.a.

posta anche a garanzia del consumatore che può usufruire di un *plus* di servizi tipico di un'azienda di grandi dimensioni (presenza pubblicitaria, capillarità della rete di *franchising*, *know how* degli addetti e via dicendo). Nel valutare un simile approccio occorre, tuttavia, non perdere di vista la *vexata quaestio* sia dottrinale che giurisprudenziale, concernente il valore semantico e letterale della locuzione “malgrado la buona fede” di cui al 1° comma dell'art. 1469 *bis*. Lungi dal poter esporre compiutamente ed integralmente in questa sede i contenuti del suddetto dibattito⁸, ci si limita a far notare che in caso di interpretazione soggettiva della buona fede le motivazioni addotte dalle imprese verrebbero a perdere di fondamento.

In ogni caso il comportamento secondo buona fede è regola generale nei rapporti contrattuali e dunque deve trovare applicazione anche se si negozia con il mediatore: viene quindi da considerare, per esempio, se ribaltare la posizione proponente/accettante del consumatore sia un comportamento contrario a buona fede e se quindi il giudice possa ricollegarvi l'obbligo del risarcimento del danno, come sembra orientata ad ammettere la giurisprudenza recente. Anche mettere fretta al cliente evocando la presenza di altri agguerriti acquirenti dell'immobile, condizionandone in qualche modo la volontà, potrebbe essere un comportamento contrario a buona fede. Inoltre il giudice, che non è vincolato al *nomen iuris* prospettato dalle parti, potrebbe considerare contrario a buona fede il comportamento dell'agente che sotto il nome di mediazione prospetta, in realtà un contratto diverso, ad esempio una consulenza per la ricerca dell'immobile più adatto. Riconoscere l'esistenza di comportamenti contrari a buona fede significherebbe per il consumatore ottenere un ristoro del danno, prescindendo anche dall'indagine sul carattere vessatorio delle clausole.

Dal momento che il tenore letterale di alcuni moduli può a volte determinare delle confusioni concettuali tra la mediazione ed il mandato si richiama l'attenzione sulla netta differenza che intercorre tra le due fattispecie tipizzate dal Codice civile⁹ e si sottolinea la necessità di informare in maniera chiara ed esauriente il consumatore, che sia venditore od acquirente, sulla natura del rapporto contrattuale che si è instaurato o va ad instaurarsi.

In fase di audizione è stato evidenziato da parte delle associazioni di tutela dei diritti dei consumatori¹⁰ come la modulistica di mediazione immobiliare sia spesso sottoscritta in una pluralità di luoghi diversi dalla sede dell'agenzia: uffici di fortuna, il cantiere, l'abitazione o il luogo di lavoro del consumatore, etc.. Tale circostanza verrebbe ad integrare la fattispecie dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali disciplinati dal D.Lgs. n. 50/1992, con la conseguente applicazione del diritto di recesso garantito al consumatore. E' dunque fondamentale indicare con precisione il luogo in cui il formulario viene sottoscritto, onde non privare il consumatore delle tutele apprestate dalla suddetta normativa.

Infine un accenno merita il tema dell'autonomia contrattuale nell'elaborazione delle condizioni generali di contratto. L'impostazione della direttiva ha comportato che l'attuale disciplina sia impostata su base individualistica, lasciando l'iniziativa delle contestazioni e delle difese al singolo consumatore: in altre parole si è lasciata la libertà contrattuale alle parti e si sono, nel contempo, rafforzati gli strumenti di tutela del consumatore. Tuttavia, visti i risultati scarsamente efficaci dell'applicazione della normativa, già da tempo anche in sede comunitaria ci si

⁸ Si veda per tutti G.M. UDA, La buona fede nelle clausole abusive, in Clausole vessatorie nei contratti del consumatore, 2003, pagg. 97 – 137; in giurisprudenza, Corte d'Appello di Roma, Sez. II Civile, 24 settembre 2002, in Foro it. 2003, I, 332.

⁹ Sulla differenza tra mediazione e mandato: Cassazione civile, sez. III, 18/02/1998, n. 1719; Cassazione civile, sez. II, 21/11/2000, n. 15014 ; Cassazione civile , sez. III , 17/11/1997, n. 11389; Cassazione civile, sez. III, 26/05/2000, n. 6959.

¹⁰ In particolare, Avv. M. Dona, Unione Nazionale Consumatori, audizione dinanzi alla Commissione per la regolazione del mercato della CCIAA di Roma tenutasi in data 23/07/2004.

interroga sull'opportunità di interventi volti, piuttosto, alla predisposizione ed all'offerta al mercato di formulari.

A) L'incarico di vendita

La modulistica relativa all'incarico di vendita è concepita talvolta come contratto in forma di scrittura privata che intercorre tra il venditore ed il mediatore, talaltra come lettera indirizzata all'agente o, comunque, come atto unilaterale del venditore. Quest'ultima impostazione sembra mirare ad invertire i ruoli facendo apparire il venditore come autore delle clausole per lui gravose, trasformandolo quindi in proponente, quando, in realtà, egli è chiamato ad accettare le clausole contenute nel modulo o formulario predisposto dall'agente, come sta ulteriormente a dimostrare il richiamo alla doppia sottoscrizione ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., in alcuni casi esteso all'intero testo contrattuale. Facendo apparire il venditore come proponente si tende, tra l'altro, a spostare l'onere della prova dell'avvenuta trattativa individuale sulle clausole che, ai sensi dell'art. 1469 *ter*, 5° comma, ne escluderebbe il carattere vessatorio.

Dal momento che, comunque, il formulario è predisposto dall'agente (art. 5, comma 4 della L. n. 39/89), si richiama l'attenzione sul disposto dell'art. 1469 *quater*, 1° comma, che esige una redazione delle clausole in modo chiaro e comprensibile. Tale esigenza va riferita non solo al linguaggio, al carattere grafico, alla rubricazione degli articoli ed alla loro coerenza contenutistica, ma anche all'impostazione generale del modello, pertanto sembra senz'altro preferibile la scelta di quanti concepiscono la modulistica relativa all'incarico di vendita in forma di scrittura privata tra venditore e mediatore, con la sottoscrizione di entrambe le parti.

Clausola di irrevocabilità

Nella maggior parte dei moduli pervenuti dal Ruolo mediatori si rileva la clausola di irrevocabilità dell'incarico.

L'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 7 qualifica come vessatoria la clausola che riconosce al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto.

Nel rapporto di mediazione tipico, come delineato dal codice civile, entrambe le parti hanno la possibilità di recedere liberamente, come pacificamente ammesso in dottrina e giurisprudenza.

Nella veste contrattuale atipica, ormai assolutamente prevalente, è regolarmente prevista una clausola di irrevocabilità per il consumatore, il quale si obbliga a mantenere l'incarico per un certo periodo di tempo. Le agenzie la inseriscono spesso nei moduli per garantirsi di fronte a "ripensamenti" da parte dei consumatori. Tale clausola produce l'effetto di attribuire solo al mediatore la facoltà di recedere dall'incarico ricevuto (ipotesi molto improbabile, vista anche la scarsa definizione degli obblighi del mediatore e, di conseguenza, la possibilità di sottrarsi all'incarico con la semplice inerzia) e integra, pertanto, l'ipotesi prevista dall'art. 1469 *bis*, c.3, n. 7.

Sintomo di vessatorietà è non tanto o non soltanto il conferimento di un diritto di recesso quanto piuttosto l'unilateralità del potere ed il conseguente significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Tuttavia il diritto di recesso, pur quando fosse conferito ad entrambe le parti, potrebbe comportare una situazione comunque sfavorevole per il consumatore, ad esempio quando per l'esercizio del diritto siano previste circostanze di differente gravità o siano stabiliti termini diversi o eccessivamente brevi, anche se a volte giustificati dalla varietà degli interessi coinvolti (clausole bilaterali imperfette). Tale teoria sembra incontrare i favori della giurisprudenza più recente¹¹ in

¹¹ Pret. Bologna, 6 agosto 1998, in Foro it., I, 1999, p. 382, sebbene concernente un contratto di prestazione di attività didattica; Trib. Roma, 28 ottobre 2000, in Corriere giur., 2001, p. 380 ss. concernente i contratti di assicurazione.

cui la bilateralità della clausola non appare essere circostanza sufficiente a superare lo squilibrio delle parti.

Soddisferebbe l'esigenza di un maggiore equilibrio contrattuale, quindi, la previsione della facoltà di recedere per entrambe le parti, previo pagamento di una somma determinata a titolo di multa penitenziale (art. 1373, c. 3, c.c.). In alternativa, occorrerebbe prevedere l'irrevocabilità per entrambe le parti contenuta entro ragionevoli limiti di tempo.

Sarebbe, inoltre, corretto lasciare alla determinazione congiunta delle parti, anche attraverso uno spazio in bianco da riempire, la quantificazione della multa penitenziale che non dovrebbe, comunque, essere troppo gravosa per il consumatore, tale quindi da scoraggiarne il recesso.

Altro nodo importante è costituito dalla durata dell'incarico che è bene definire a priori, specificando che alla scadenza del termine il contratto si intende sciolto, senza necessità di ulteriori comunicazioni, ovvero, se le parti preferiscono, prorogato per una sola volta e per lo stesso tempo.

A tale proposito risultano decisamente vessatorie quelle clausole che prevedono il tacito rinnovo se non intervenga disdetta da parte del venditore che deve essere inviata o addirittura ricevuta dall'agente in tempi eccessivamente anticipati rispetto alla scadenza (ad esempio 20 giorni), per contrasto con l'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 9.

Clausola di esclusiva

L'art. 1469 *bis*, 2° comma, n. 18 indica come vessatorie le clausole che sanciscono a carico del consumatore restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi.

La clausola impedisce al consumatore di concludere in proprio la vendita e/o di incaricare un altro mediatore; essa viene estesa anche ai casi in cui il consumatore vende l'immobile, dopo la scadenza dell'incarico, a soggetti presentati dall'agenzia. E' inoltre da notare che l'affidamento dell'incarico in esclusiva non è connaturato al contratto di mediazione, anzi l'art. 1758 c.c. consente alla parte di affiancare ad un mediatore altri soggetti con il medesimo incarico conferendo a ciascuno di essi il diritto ad una quota della provvigione e prefigurando come normale il concorso di più mediatori. La recente giurisprudenza della Cassazione conforta questa linea sottolineando che né il codice civile né la Legge n. 39/1989 prevedono l'incompatibilità di una pluralità di mediatori rispetto al medesimo affare.¹²

Le clausole di esclusiva sono presenti in un rilevante numero di moduli esaminati dalla Commissione; le imprese del settore adducono le spese da esse sostenute per la promozione dell'immobile come elemento giustificativo delle clausole in esame miranti a ridurre il rischio di veder sfumare l'affare. In realtà l'esclusiva, inserita nella c.d. lista grigia¹³, potrebbe essere mantenuta soltanto a fronte di una trattativa individuale adeguatamente provata attraverso un documento a parte redatto e sottoscritto di suo pugno dal consumatore. La prova dell'avvenuta trattativa non può infatti considerarsi data semplicemente in virtù dell'inserimento nel modulo di una facoltà di scelta tra incarico in esclusiva e non in esclusiva. Attraverso la trattativa potrebbero essere previsti ulteriori obblighi e servizi resi dall'agente come, ad esempio, una pubblicità rafforzata a vantaggio dell'immobile da vendere ovvero l'elaborazione di *report* informativi completi sullo stato urbanistico, catastale nonché architettonico dell'immobile. In tal modo gli obblighi verrebbero specificati anche al fine di valutare l'eventuale inadempimento da parte dell'agenzia. Inoltre l'agente dovrebbe impegnarsi a rinunciare al rimborso delle spese anche in caso di mancata conclusione dell'affare. Tuttavia la dottrina non è concorde nel ritenere che gli ulteriori obblighi assunti e servizi resi dall'agente che compaiono in alcuni dei formulari esaminati (anche qualora costituiscano un reale costo per l'imprenditore e non siano piuttosto una

¹² Cassazione civile, sez. III, sentenza n. 3437 del 8 marzo 2002, su Giust. Civ. Mass. 2002, pag. 428

¹³ Con l'espressione "lista grigia" si indicano le clausole contenute nell'elenco dell'art. 1469 *bis*, 3° comma, per le quali la vessatorietà è presunta a meno che non si provi l'intervenuta trattativa individuale.

esemplificazione degli ordinari contenuti dell'attività di mediazione), riescano a bilanciare completamente il sacrificio alla propria libertà contrattuale imposto al consumatore.

Ovviamente nel caso di incarico conferito senza esclusiva i vari obblighi sopra descritti a carico del mediatore verrebbero meno; egli avrà diritto tuttavia al rimborso delle spese documentate ed autorizzate fino ad un certo ammontare da definire nel contratto.

Provvigione

La determinazione dell'ammontare della provvigione, quasi sempre in percentuale del prezzo di vendita, viene generalmente lasciata alla comune volontà delle parti attraverso la previsione di spazi in bianco da riempire. L'aspetto di vessatorietà legato alla provvigione è da rinvenire nella non infrequente clausola che espone il venditore all'obbligo di corresponsione anche successivamente alla scadenza dell'incarico per un tempo illimitato o nel migliore dei casi eccessivamente lungo, qualora concluda l'affare con persone già contattate o segnalate dal mediatore durante la vigenza dell'incarico. Ciò comporta un' intollerabile restrizione della libertà contrattuale nei rapporti con i terzi (art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 18). Sarebbe pertanto opportuno contenere l'efficacia della clausola entro un termine ragionevolmente commisurato alla durata dell'incarico e, comunque, non superiore al termine annuale in cui si prescrive il diritto del mediatore alla provvigione, ai sensi dell'art. 2950 del c.c.. Parimenti opportuno sarebbe prevedere l'obbligo del mediatore di fornire un elenco completo dei potenziali acquirenti con i quali abbia avuto contatti.

Clausola penale

La norma di riferimento si rinviene al n. 6 dell'art. 1469 *bis*, 2° comma: è vessatoria la clausola che impone al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo.

Anche questa è una clausola di frequente riscontro nella modulistica esaminata ed è spesso connessa al venir meno, da parte del consumatore, agli obblighi di irrevocabilità ed esclusiva da egli assunti. A volte la clausola in esame consente al mediatore di inserire surrettiziamente una condizione di esclusiva e/o di irrevocabilità anche laddove queste non siano state espressamente stabilite. Trattasi quindi della clausola per certi versi più insidiosa visto anche l'immediato impatto economico che è suscettibile di determinare nei confronti del consumatore. Essa si riallaccia al concetto di mediazione atipica così come sviluppatosi negli ultimi anni nel settore immobiliare grazie al diffondersi della modulistica e al fenomeno della contrattazione per adesione che ad essa si accompagna.

Il legislatore disciplina espressamente la clausola penale agli articoli 1382-1384 c.c. stabilendo che nel caso in cui la penale prevista dal contratto sia di importo manifestamente eccessivo questa può essere equitativamente ridotta dal giudice. La *ratio* dell'art. 1384 c.c. postula che la funzione fondamentale della clausola penale sia quella di risarcire gli interessi, patrimoniali e non, di cui è portatore il mediatore "vittima" dell'inadempimento del consumatore, con l'unico limite, per l'esercizio dell'autonomia privata, di determinare la prestazione oggetto della penale tenendo conto della corrispondenza tra l'ammontare della penale e la consistenza dell'interesse all'adempimento¹⁴. Ne deriva che il superamento di tale limite si risolve in un abuso contrario ai principi di libertà e di uguaglianza dei contraenti, legittimando quindi l'intervento del giudice in funzione correttiva *ex art.* 1384 c.c.

¹⁴ Cassazione civile, sez. II, 26/03/1997, n. 2655, in Giust. Civ. Mass., pag. 460.

Su un quadro quale quello testè descritto si innesta la normativa posta a tutela del consumatore, che, in un'ottica di tutela sostanziale, esclude un riduzione equitativa della penale a favore della dichiarazione di inefficacia per vessatorietà. Secondo un orientamento diffuso anche nella giurisprudenza più recente, per ora soltanto di merito¹⁵, è da qualificarsi “di importo manifestamente eccessivo” una penale di importo pari alla provvigione. E' inoltre evidente come prevedere una penale pari alla provvigione consenta al mediatore di ottenere il corrispettivo della mediazione pur mancando il necessario presupposto della conclusione dell'affare.

L'importo della penale dovrebbe essere predeterminato in base alla pregnanza degli obblighi imposti a ciascun contraente e chiaramente specificati nel modulo in un quadro di bilanciamento complessivo dei medesimi. In realtà, non è infrequente che la penale venga prevista solo a fronte dell'inadempimento degli obblighi del venditore mentre a nessuna penale è tenuto il mediatore in caso di proprio inadempimento.

Clausola che impone al venditore l'accettazione della proposta

Il pagamento di penali viene collegato anche ad un'altra tipologia di clausole rinvenute nei moduli, precisamente quelle che impongono al venditore/consumatore la preventiva accettazione delle proposte di acquisto presentate dal mediatore che siano conformi alle indicazioni impartite dal venditore stesso. La mancata accettazione, indipendentemente da qualsiasi indagine sui motivi che la abbiano determinata, viene in tal modo configurata come inadempimento del venditore che dà luogo ad un danno risarcibile, predeterminato con clausola penale, a favore del mediatore¹⁶. Anche attraverso l'introduzione di tali clausole si realizza una restrizione della libertà contrattuale del venditore, in contrasto, dunque, con il n. 18 dell'art. 1469 *bis*, 3° comma.

Apparirebbe più equo riconoscere al venditore la facoltà di non accettare la proposta conforme qualora ricorra una giusta causa, che sia provata dal venditore e che attenga alla prestazione della controparte (tipico il caso di proposta di acquisto proveniente da soggetto notoriamente insolvente) o, peggio, a cause di invalidità o inefficacia, colpevolmente taciute dal mediatore.

Clausole che esonerano il mediatore da responsabilità

Talvolta si rinvengono nei moduli clausole dai vari contenuti e tendenti ad escludere ogni richiesta al mediatore, per esempio, in caso di mancata consegna delle chiavi oppure di mancata conclusione dell'affare etc. In tal modo il consumatore non potrebbe avanzare richieste di risarcimento al mediatore nemmeno laddove la responsabilità sia da imputarsi a quest'ultimo.

Clausole come quelle appena descritte vengono qualificate vessatorie in particolare dai numeri 2 e 16 dell'art. 1469 *bis* comma 3. Per di più esse rientrano nella c.d. lista nera¹⁷ e non sono in quanto tali sanabili neppure tramite la trattativa individuale *ex art. 1469 quinquies*.

Clausola con cui il consumatore dichiara che determinate clausole sono state oggetto di trattativa

Vari moduli, tra i quali alcuni facenti capo a note catene in *franchising*, adottano questa clausola come mezzo di prova di una trattativa individuale ai sensi dell'art. 1469 *ter*, 5° comma. Di

¹⁵ Tribunale Milano, sez. Legnano, sent. 29/03/2002, su Foro it., parte I, pag. 2826; GDP Sulmona, sent. del 24/06/1999, su Giurisprud. Italiana, anno 2000, pag. 2086; Pretura di Bologna, 20/01/1998, in Foro it., 1998, I, c. 651; Gdp Roma, 19/09/2002, in Gius, 2003, I, Pag. 86.

¹⁶ Sulla necessità della sussistenza della colpevolezza dell'inadempimento come fondamento della clausola penale, con la conseguenza che se il rifiuto di concludere l'affare non è da ascrivere a colpa o dolo della parte la penale non è dovuta, cfr. Cassazione civile, Sezione III, 16/02/1998, n. 1630.

¹⁷ Per “lista nera” si intendono le tre clausole contemplate dal 2° comma dell'art. 1469 *quinquies* c.c., per le quali l'inefficacia conseguente alla loro vessatorietà non può essere evitata neanche fornendo la prova del loro essere state oggetto di trattativa individuale.

solito la clausola in questione mira, nelle intenzioni dei suoi redattori, a far salve le condizioni di esclusiva, irrevocabilità e penale imposte ai consumatori magari in cambio di taluni servizi aggiuntivi resi dalle imprese.

Al di là della possibilità o meno di creare un maggiore bilanciamento dei diritti ed obblighi delle parti tramite i servizi aggiuntivi resi dal mediatore, resta il fatto che la clausola in questione non è di per sé idonea a provare l'avvenuto svolgersi di una trattativa individuale. Sarebbe assai più opportuno a tali fini ricorrere ad un documento separato dal modulo, possibilmente redatto dal consumatore di suo pugno, con il quale egli dichiara essere intercorsa una trattativa individuale su specifici obblighi che egli si è assunto.

Ad ogni modo va rilevato come anche questa clausola sia essa stessa vessatoria dal momento che si propone di limitare le eccezioni che il consumatore potrebbe opporre al professionista ai sensi dell'art. 1469 *bis*, comma 3°, n. 18.

Clausola che stabilisce il foro competente

L'art. 1469 *bis*, comma 2, n. 19 qualifica come vessatorie le clausole che stabiliscono come sede del foro competente sulle controversie una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore.

Secondo l'interpretazione che la giurisprudenza¹⁸ dà di questa norma con essa il legislatore ha inteso stabilire una competenza territoriale esclusiva, pertanto essa trova applicazione anche nelle cause iniziate dopo la sua entrata in vigore, che abbiano ad oggetto contratti stipulati anteriormente. Eppure non mancano a tutt'oggi moduli redatti in modo difforme rispetto al disposto normativo.

B) La proposta di acquisto

Si tratta di un impegno, preso solo da una parte - l'acquirente - a versare per l'immobile un certo prezzo. La proposta di acquisto è normalmente irrevocabile, varia la durata nel tempo dell'impegno: il termine a volte viene fatto coincidere con la stipula del preliminare, e dunque è sostanzialmente indeterminato, oppure viene fissato più correttamente in un certo numero di giorni già indicati nel formulario o lasciati alla determinazione delle parti. Se entro il termine comunque definito non interviene l'accettazione del venditore, che il mediatore ha l'obbligo di portare a conoscenza del potenziale acquirente, la proposta perde efficacia. Legare il termine di irrevocabilità alla stipula del preliminare ha come conseguenza quella di vincolare a tempo indeterminato la volontà del promittente acquirente e le somme da questi normalmente versate a vario titolo, senza che il mediatore assuma l'impegno di comunicare tempestivamente l'avvenuta accettazione. In tal modo si integra l'ipotesi di vessatorietà contemplata dall'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 4.

Un termine indeterminato o eccessivamente dilatato potrebbe, poi, permettere al mediatore di far firmare senza rischi diverse proposte di acquisto per lo stesso immobile a più candidati acquirenti, favorendo così un'asta al rialzo sui prezzi. Il risultato è quello che nel gergo dei mediatori è chiamato "superò", ossia la cifra che va oltre l'incasso per la vendita pattuito dal mediatore con il venditore. Tale cifra viene spesso incamerata dal mediatore a volte grazie ad un apposito patto stipulato col venditore e altre volte anche in mancanza di esso. La pratica del superò non ha mancato di suscitare discussioni sia nell'ambito degli addetti ai lavori che in ambito dottrinario e giurisprudenziale. La giurisprudenza si è pronunciata sul superò ma senza indicare una strada netta e definitiva. Infatti se da un lato alcuni tribunali lo hanno ritenuto illecito, sulla base del principio che il mediatore è equidistante dalle parti (art. 1754 c.c.) e non deve lucrare direttamente dall'affare, la Cassazione è stata di diverso avviso.¹⁹

¹⁸ Per tutte: Cassazione, Sez. Unite, ord. 01/10/2003, n.14669, in Guida al Diritto, n. 42, pag. 20

¹⁹ Cassazione civile, sezione III, 16 giugno 1986, n. 4003, Giust. Civ. Mass., 1986, fasc. 6.

Occorre sottolineare che in alcuni modelli, per la loro complessiva struttura, l'impegno irrevocabile viene preso con l'agente piuttosto che con il venditore. A volte, infatti nei moduli vengono indicate, senza che siano possibili variazioni al momento del compromesso o del rogito, le condizioni poste non dall'acquirente, ma dall'agenzia nei confronti dello stesso in ordine al versamento di somme o ai tempi e modi di sottoscrizione del preliminare e di successive, non meglio definite negli scopi, scritture private. Inoltre al proponente acquirente viene di norma imposto il pagamento di una somma di denaro già al momento della sottoscrizione della proposta; non sempre viene specificato a quale titolo questa somma venga richiesta (caparra confirmatoria, anticipo, prenotazione dell'immobile, garanzia del compenso o delle penali). Questa non completa chiarezza circa la natura dell'importo versato, unita al fatto che il medesimo importo viene trattenuto dall'agente indipendentemente dalla conclusione dell'affare, sul presupposto che il proponente se ne sia esplicitamente dichiarato debitore, o a titolo di risarcimento dei danni subiti dall'agente per la mancata conclusione dell'affare, determina un sicuro squilibrio. Tale situazione va ad integrare la fattispecie descritta dal numero 5 dell'art. 1469 *bis*, 3° comma. Sarebbe più corretto che le somme venissero versate dall'acquirente esclusivamente al venditore e che venisse specificata la loro natura di caparra confirmatoria, ovvero di acconto sul prezzo, qualora l'affare venga concluso.

Altro punto di criticità sotto il profilo della chiarezza emerge qualora la proposta venga presentata alla stregua di una "prenotazione" dell'immobile, in realtà si tratta solo di un impegno ad acquistare a date condizioni: il proprietario potrà tranquillamente vendere ad altri.

Infine altro profilo di vessatorietà può essere rinvenuto in quei modelli che prevedono che l'acquisto dell'immobile è comprensivo della quota delle parti comuni, ai sensi dell'art. 1117 c.c., risultante dal regolamento di condominio vigente o da quello che verrà depositato a cura del venditore. In tal modo si impedisce al consumatore di avere conoscenza del regolamento condominiale e dei diritti e degli obblighi in esso previsti, con ciò integrando la violazione dell'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 10 e dell'art. 1469 *quinquies*, comma 2, n. 3, per il quale si considerano vessatorie, quantunque oggetto di trattativa, le clausole che prevedono l'adesione del consumatore estesa a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto²⁰.

Roma, 28 settembre 2004

Il Presidente
della Commissione per la regolazione del mercato
(Dott. Fabrizio Autieri)
F.to Fabrizio Autieri

Cassazione civile, Sezione III, 7 agosto 2002, n. 11911, in *Diritto e Giustizia*, 2002, f. 33, pag. 79.

"... non può tacersi - a prescindere da ogni apprezzamento sul piano deontologico di una tale clausola contrattuale - che la giurisprudenza di questa Corte regolatrice in diverse occasioni ha affermato che la pattuizione in favore del mediatore di una provvigione corrispondente al supero (rispetto ad una cifra stabilita) ricavabile dalla vendita di un immobile, ove conclusa, entro una certa data, sia con l'intervento del mediatore sia direttamente da parte del proprietario, è lecita e conciliabile con l'imparzialità che deve caratterizzare il contratto di mediazione (Cass. 16 giugno 1986, n. 4003, nonché, ancora, Cass. 10 aprile 1970, n. 993)".

²⁰ Cassazione civile, sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1886, ha statuito che: "Il regolamento contrattuale di condominio, anche se non materialmente inserito nel testo del contratto di compravendita delle singole unità immobiliari, fa corpo con esso allorché sia espressamente richiamato ed approvato, di modo che le sue clausole rientrano per *relationem* nel contenuto dei singoli contratti di acquisto e vincolano i singoli acquirenti indipendentemente dalla trascrizione".