

Civile Sent. Sez. 3 Num. 9315 Anno 2015

Presidente: PETTI GIOVANNI BATTISTA

Relatore: FRASCA RAFFAELE

Data pubblicazione: 08/05/2015

SENTENZA

sul ricorso 24913-2011 proposto da:

SORRENTINO MASSIMO SRRMSM65A05G203S, elettivamente domiciliato in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 308, presso lo studio dell'avvocato UGO RUFFOLO, rappresentato e difeso dall'avvocato ANGELO DE NINA giusta procura speciale a margine del ricorso;

- **ricorrente** -

2015

183

contro

CARIGE ASSNI SPA, 'in persona del Dirigente dottor CRISTIANO ANDREOLI, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE MAZZINI 114/B, presso lo studio

dell'avvocato GIORGIO MELUCCO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato WALTER FARRUGGIA giusta procura speciale a margine del controricorso;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 348/2011 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 09/02/2011, R.G.N. 3419/2006;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21/01/2015 dal Consigliere Dott. RAFFAELE FRASCA;

udito l'Avvocato PIERA CARTONI MOSCATELLI per delega;

udito l'Avvocato GIORGIO MELUCCO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. MARIO FRESA che ha concluso per il rigetto del ricorso.

h

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

§1. Massimo Sorrentino ha proposto ricorso per cassazione contro la Carige Assicurazioni s.p.a. (già Levante Norditalia s.p.a.) avverso la sentenza del 9 febbraio 2011, con la quale la Corte d'Appello di Milano, in totale riforma della sentenza resa *inter partes* in primo grado dal Tribunale di Milano il 5 aprile 2006 ha dichiarato l'improponibilità della domanda da lui proposta nell'aprile del 2002 contro detta società, in ragione dell'esistenza, nel contratto di assicurazione su cui era stata fondata, di una clausola arbitrale.

Detta domanda era stata proposta per ottenere il pagamento dell'indennizzo assicurativo nella misura di € 7.909,02, nel presupposto che la società si fosse resa inadempiente alla richiesta di arbitrato ai sensi dell'art. 1.16 delle condizioni di assicurazione alle quali era stata con essa stipulata la polizza assicurativa contro gli infortuni, sulla base della quale, in relazione ad un infortunio occorsogli il 6 ottobre 2000, il Sorrentino aveva chiesto l'indennizzo.

§2. Mentre il Tribunale di Milano aveva accolto parzialmente la domanda nella misura di € 6.099,29 avendo disatteso l'eccezione di improponibilità della stessa formulata dalla società assicurativa in forza della clausola contrattuale, nel presupposto che il giudizio di fronte all'autorità giudiziaria fosse stato instaurato legittimamente per il rifiuto della stessa di nominare il proprio arbitro, la Corte territoriale, sull'assunto che era pacifico che la clausola contrattuale aveva ad oggetto un arbitrato irrituale, ha capovolto detta valutazione, adducendo che, di fronte al rifiuto della società di nominare il proprio arbitro, il Sorrentino avrebbe dovuto - a norma dell'art. 810, secondo comma, c.p.c. - chiederne la nomina al presidente del tribunale, essendo applicabile alla clausola in via analogica la disciplina dell'arbitrato rituale. La Corte meneghina ha altresì ritenuto che la questione della vessatorietà della clausola, prospettata dal Sorrentino, doveva ritenersi preclusa perché non formulata con l'appello incidentale e che comunque essa era anche infondata.

§3. Al ricorso per cassazione ha resistito con controricorso la società intimata.

Parte ricorrente ha depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

§1. Con il primo motivo di ricorso si deduce “violazione e falsa applicazione dell’art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale del codice civile e degli artt. 1362, 1366 e 1370 cod. civ.”.

§1.1. Si censura la sentenza impugnata in primo luogo perché avrebbe ritenuto l’improponibilità della domanda giudiziale in forza della clausola (art. 1.16) delle condizioni generali di contratto di previsione di un arbitrato irrituale, reputando erroneamente che, a seguito dell’inerzia della società assicuratrice nella nomina del suo arbitro dopo che il ricorrente aveva nominato il suo in base alla clausola, lo stesso ricorrente avrebbe dovuto – ai sensi dell’art. 810, secondo comma, c.p.c. – rivolgersi al presidente del tribunale <<per ottenere surrogatoriamente tale nomina>> e ciò sulla base dell’orientamento giurisprudenziale espresso da Cass. sez un n. 3189 del 1989 (e che la Corte meneghina ha ricordato ribadito di recente da Cass. n. 17114 del 2010), secondo il quale: <<L’art. 810 secondo comma cod. proc. civ., il quale, ove una parte non provveda alla nomina dell’arbitro, consente all’altra di rivolgersi al Presidente del tribunale, per ottenere surrogatoriamente tale nomina, ancorché dettato con riferimento all’arbitrato rituale, deve ritenersi applicabile in via analogica all’arbitrato libero od irrituale, in considerazione della somiglianza strutturale e funzionale dei due istituti, dell’esigenza di assicurare la conservazione del contratto nonostante l’inadempimento di uno dei contraenti, nonché dell’ammissibilità di un intervento di volontaria giurisdizione anche per supplire ad un’inerzia di tipo negoziale. La suddetta mancata nomina, pertanto, non rende inoperante il compromesso per arbitrato irrituale, il quale resta efficace pure

come patto preclusivo della proponibilità in sede contenziosa della vertenza affidata alla definizione transattiva degli arbitri.>>.

La critica all'assunto della sentenza impugnata è svolta contestando la sussistenza del presupposto per l'applicazione analogica prospettata dall'orientamento giurisprudenziale da essa evocato.

Senonché, la critica è svolta soltanto evocando decisioni sulla natura negoziale dell'arbitrato irrituale e, dunque, su tale sua caratteristica come *quid proprium* della distinzione dall'arbitrato rituale che non consentirebbe di parificarlo a quello rituale. Viceversa, non ci si fa carico né degli argomenti con cui il principio di diritto era stato affermato – con ampia motivazione – dalla sentenza delle Sezioni Unite, né delle considerazioni di cui a Cass. n. 17114 del 2010.

§1.1.1. Ora, va considerato innanzitutto che, se è vero che la sentenza delle Sezioni Unite si occupò di una fattispecie che si collocava nella vigenza del testo dell'art. 810, secondo comma, c.p.c. anteriore alla sostituzione operata dalla l. n. 25 del 1994 e che, invece, non è chiaro sotto quale regime della norma si collocasse la fattispecie decisa dalla sentenza del 2010, tuttavia l'intervento della l. n. 25 del 1994 non spostò i termini della questione risolta dalle Sezioni Unite a composizione di un pregresso contrasto, come nemmeno sembra averli spostati (ma non è questa la sede per prendere posizione) la modifica della disciplina dell'arbitrato introdotta dal d.lgs. n. 40 del 2006 e l'assetto che essa ha dato all'arbitrato irrituale all'art. 808-ter c.p.c.

Ciò premesso, si rileva che la censura e, dunque, il motivo *in parte qua* è inammissibile alla stregua del precetto di cui all'art. 360-bis n. 1 c.p.c. atteso che, non solo l'illustrazione svolta nel senso che difetterebbero i requisiti dell'analogia omette di discutere le ampie argomentazioni della sentenza delle Sezioni Unite che sul punto si erano dilungate (dalla fine della pagina 21 fino alla 57), ma non offre altresì alcun argomento per superarle, dato che omette di

considerale, astenendosi dal prendere su di esse posizione, come, del resto, dal prospettare ipotetici orientamenti dottrinali contrari sul punto.

§1.2. Con una seconda censura il motivo prospetta che nella specie, pur se si condividesse l'orientamento giurisprudenziale favorevole all'estensione analogica dell'art. 810, secondo comma, c.p.c. all'arbitrato irrituale, la sentenza impugnata avrebbe errato, in quanto non avrebbe considerato che la clausola contrattuale non prevedeva un arbitrato irrituale, bensì una perizia contrattuale.

§1.2.1. Il motivo, per quanto attiene alla censura in discorso, è inammissibile.

In disparte che la clausola contrattuale è rubricata (come si legge nella sentenza impugnata, che la riporta, come del resto il ricorso, che però omette la rubrica) "*Controversie-arbitrato irrituale*", circostanza che ai fini dell'esegesi proposta nel motivo è del tutto pretermessa (e, peraltro sorprendentemente, lo è anche da parte della resistente, a proposito della replica al secondo motivo), si rileva che la sentenza impugnata ha espressamente affermato (righe 8-9) che <<è pacifico e non contestato che la clausola compromissoria riguardi un arbitrato irrituale>>.

Tale affermazione, in quanto implicava che sulla qualificazione della clausola vi fosse stata concordia nel senso della sua natura di previsione di un arbitrato irrituale preclude ogni possibilità di sostenere la diversa qualificazione nel senso della previsione di una perizia contrattuale. Per poter sostenere una simile diversa qualificazione sarebbe stato necessario dolersi che la pacificità e carenza di contestazione della qualificazione *sub specie* di arbitrato irrituale non trovavano corrispondenza nell'atteggiamento difensivo delle parti, il che naturalmente avrebbe posto il problema del mezzo di impugnazione con cui prospettare simile assunto, dovendosi valutare il dubbio che esso fosse la revocazione *ex n. 4* dell'art. 395 c.p.c.

Importa comunque rilevare che sussiste giudicato interno per mancanza di impugnazione della qualificazione riconosciuta alla clausola come di previsione di un arbitrato irrituale.

Ne segue che la censura – in disparte ogni considerazione sul se alla clausola di perizia contrattuale sia applicabile oppure no un meccanismo come quello del secondo comma dell'art. 810 c.p.c. – appare inammissibile per tale ragione e non dev'essere esaminata nel merito.

§1.3. Il primo motivo, essendo la ragione di inammissibilità del primo motivo, giustificativa del rigetto nel merito del motivo (alla stregua di Cass. sez. un. n. 19051 del 2010), è complessivamente rigettato.

§2. Con il secondo motivo – che logicamente sarebbe stato preliminare, ma che di cui diventa attuale l'esaminabilità, stante la sorte del primo - si deduce "violazione e falsa applicazione dell'art. 1469-bis, 3° comma, n. 18 (ora art. 33 lett. T) d.l.vo 206/2005".

Vi si censura la motivazione della sentenza impugnata sul punto in cui si è occupata dell'eccezione di vessatorietà della clausola compromissoria.

§2.1. La motivazione della sentenza impugnata si è articolata sia con una considerazione di rito, sia con una considerazione di merito ed il ricorrente le impugna entrambe.

La motivazione resa dalla Corte milanese è stata, infatti, la seguente: *<<Assume ancora l'appellante la vessatorietà ed abusività della clausola in oggetto ai sensi dell'art. 1469-bis comma 3 n. 18 c.c. (ora trasfuso nell'art. 33 comma 2° Cod. Cons.). Tuttavia vi è da rilevare che il primo giudice non si è pronunciato, limitandosi a ritenere non operante la clausola unicamente con riguardo alla mancata nomina dell'arbitro da parte della Carige. In altri termini, il primo giudice ha implicitamente ritenuto la clausola suddetta valida ed efficace perché, diversamente, avrebbe dovuto logicamente dichiarare la nullità o comunque l'inefficacia della clausola in quanto vessatoria e/o abusiva, prima di valutare la risoluzione della clausola per inadempimento in*

conseguenza della condotta della Carige. Non avendo il Sorrentino proposto sul punto appello incidentale la questione non può essere esaminata dalla Corte. In ogni caso, si deve rilevare come la suddetta clausola non sia né vessatoria né abusiva, atteso che non introduce alcuna deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria (cfr. Cass. n. 21139/2004), né risulta tale da creare uno squilibrio a carico del consumatore a tutto vantaggio dell'assicuratore, fissando invece eguali oneri in capo ad entrambe le parti.>>.

§2.2. Ebbene, secondo i principi enunciati da Cass. sez. un. n. 3840 del 2007 (nel senso che <<Qualora il giudice, dopo una statuizione di inammissibilità (o declinatoria di giurisdizione o di competenza), con la quale si è spogliato della "potestas iudicandi" in relazione al merito della controversia, abbia impropriamente inserito nella sentenza argomentazioni sul merito, la parte soccombente non ha l'onere né l'interesse ad impugnare; conseguentemente è ammissibile l'impugnazione che si rivolga alla sola statuizione pregiudiziale ed è viceversa inammissibile, per difetto di interesse, l'impugnazione nella parte in cui pretenda un sindacato anche in ordine alla motivazione sul merito, svolta "ad abundantiam" nella sentenza gravata.>>), la sentenza impugnata con il ricorso in esame avrebbe potuto e dovuto esserlo soltanto quanto alla *ratio decidendi* relativa alla formazione del preteso giudicato implicito per la mancata proposizione dell'appello incidentale, mentre un'impugnazione della seconda *ratio decidendi*, quella di merito escludente la vessatorietà ed abusività secondo la disciplina di tutela del consumatore, sarebbe stata inammissibile.

Come s'è detto il ricorrente con il secondo motivo in esame censura invece sia l'una che l'altra *ratio decidendi*.

§2.2. Il motivo, per quanto attiene alla *ratio* concernente il profilo di merito è inammissibile e deve, pertanto, essere esaminata solo la censura relativa alla inammissibilità per preclusione di giudicato implicito della discussione sulla vessatorietà ed abusività, che il ricorrente illustra nel motivo evocando l'art. 346 c.p.c. e sostenendo che, essendo stato egli vittorioso in primo grado e non

avendo il primo giudice deciso sull'eccezione di vessatorietà e abusività della clausola di cui all'art. 1.16., non avrebbe dovuto proporre un appello incidentale per tenere "viva" la questione, ma limitarsi soltanto, ai sensi di detta norma, a riproporre la questione, come aveva fatto.

§2.2.1. La censura è fondata.

Il giudice d'appello ha erroneamente supposto che, nonostante il Tribunale non avesse esaminato la questione della sussistenza della vessatorietà ed abusività della clausola compromissoria (avendo in sostanza dato rilievo come questione più "liquida" alla circostanza che, in ragione dell'inadempimento della società assicuratrice, essa non era stata operante, come aveva reputato il primo giudice, ravvisando l'inadempimento della resistente), si fosse formato, proprio in ragione della valutazione così effettuata ed in quanto essa implicava la validità della stessa, un giudicato implicito in punto di tale validità ed efficacia. Di modo che il ricorrente, anziché riproporre *sic et simpliciter* la relativa questione, avrebbe dovuto sul punto svolgere appello incidentale per impedirne la formazione.

L'assunto della Corte territoriale è smentito dal seguente consolidato principio di diritto, che, allorquando il giudice di primo grado sia stata investito di una serie di questioni inerenti il merito e decida su una di esse in situazione che la rende logicamente successiva alla soluzione negativa di un'altra questione, ma su questa non si pronunci esplicitamente, esclude che su di essa possa dirsi, sol per l'esistenza del nesso di dipendenza logica e giuridica, formatasi una decisione da assoggettare ad impugnazione, se del caso mediante appello incidentale, se la parte sia rimasta vittoriosa sull'esito della lite in ragione della soluzione data alla questione dipendente.

Il principio di diritto al quale la Corte territoriale non si è conformata è il seguente: <<Soltanto la parte vittoriosa in primo grado non ha l'onere di proporre appello incidentale per far valere le domande e le eccezioni non accolte e, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia *ex art. 346 cod. proc. civ.*, può

limitarsi a riproporle mentre la parte rimasta parzialmente soccombente in relazione ad una domanda od eccezione, di cui intende ottenere l'accoglimento, ha l'onere di proporre appello incidentale, pena il formarsi del giudicato sul rigetto della stessa.>> (Cass. sez. un. n. 12067 del 2007, seguita da numerose conformi).

Nella specie il ricorrente era rimasto vittorioso in primo grado e sulla questione della vessatorietà ed abusività della clausola di cui si discorre il Tribunale non si era in alcun modo pronunciato *expressis verbis* né in senso affermativo né in senso negativo e, dunque, sebbene la valutazione di esclusione delle condizioni di applicabilità della clausola implicasse che la clausola ipoteticamente non fosse vessatoria ed abusiva, in quanto successiva nell'ordine logico delle questioni, tuttavia, il non avere il Tribunale espresso un convincimento al riguardo, la confinava nel novero delle questioni non esaminate con esternazione del potere decisorio e, dunque, nel regime dell'appello la rendeva soggetta all'art. 346 c.p.c. essendo stato d'altro canto il ricorrente vittorioso sulla domanda proposta proprio in forza della valutazione della questione logicamente subordinata. La Corte territoriale, attribuendo al Tribunale una decisione del tutto ipotetica e presunta, che invece non si ravvisava, essendo possibile solo arguire che il Tribunale avesse scelto la questione dirimente più liquida, ha contraddetto tali principi.

§2.2.2. E' appena il caso di rilevare che la Corte territoriale ha dato per scontato che il ricorrente avesse riproposto la questione della vessatorietà, come si evince dall'affermazione "assume ancora l'appellante ..." e dall'imputazione al medesimo di non aver proposto appello incidentale.

L'assunto di parte resistente che l'eccezione di vessatorietà e di abusività della clausola non fosse stata riproposta con la comparsa di risposta, siccome si evincerebbe dalle conclusioni della stessa **non rispetta il requisito dell'art. 366 n. 6 c.p.c., che deve essere osservato anche dal resistente nel controricorso, allorquando egli formuli una difesa che si fondi su documenti o su atti**

processuali. Infatti, la resistente ha fondato la sua eccezione di inosservanza dell'art. 346 c.p.c. limitandosi a riportare le conclusioni formulate al termine del giudizio di appello ed esse (come si evince dal loro tenore, che è il seguente: <<Respingere le domande tutte ex adverso formulate perché infondate in fatto in diritto per i motivi esposti in comparsa di costituzione e risposta in appello e conseguentemente confermare integralmente la sentenza di primo grado numero 8030/06 emessa dal Tribunale di Milano>>); tenore, peraltro, già evocato anche nell'esposizione del fatto del ricorso) fanno rinvio a <<i motivi esposti in comparsa di costituzione e di risposta in appello>>: sarebbe stato, invece, necessario fare riferimento a tale atto siccome ipoteticamente – contro quanto espressamente supposto, come si è detto, dalla sentenza impugnata - non contenente la riproposizione dell'eccezione di cui si discorre, nonché indicare se e dove esso fosse esaminabile in questo giudizio di legittimità.

§2.2.3. La sentenza è, dunque, cassata nel punto in cui ha ritenuto di non poter esaminare la questione della vessatorietà ed abusività della clausola compromissoria perché non riproposta con l'appello incidentale.

§2.3. Come già avvertito la censura ulteriormente prospettata alla valutazione della Corte territoriale con cui essa ha escluso la vessatorietà ed abusività è inammissibile.

Tuttavia, ritiene il Collegio che, non essendo necessari accertamenti di fatto per il suo esame, occorrendo soltanto valutazioni *in iure* sul suo significato, è possibile decidere nel merito su di essa senza rimettere al giudice del rinvio la relativa decisione.

Va premesso che **ad una decisione nel merito parziale senza rinvio sul punto non si rinviene alcun ostacolo nell'art. 384, secondo comma, c.p.c., perché l'espressione <<decide la causa nel merito>> non si presta ad essere intesa nel senso che il potere di decidere nel merito debba riguardare “tutta la causa”, così restando definito il giudizio.**

Invero, essendo il potere della Corte di identico contenuto rispetto a quello che dovrebbe esercitare il giudice di rinvio ed avendo come unico limite l'eventuale necessità di accertamenti di fatto, poiché il giudice di rinvio, quando è un giudice d'appello, ha il potere di decidere separatamente questioni di merito o di rito, per il tramite del rinvio dell'art. 359 c.p.c. all'art. 279 c.p.c. (nel rito ordinario di cognizione), non si ravvisano ostacoli a che la Corte di cassazione possa fare uso dello stesso potere e decidere una questione.

Ciò è del tutto palese quando la questione di merito decisa dal giudice di merito in carenza di *potestas iudicandi* si presti, sempre per la mancanza di necessità di accertamenti di fatto per la sua decisione, ad essere risolta nel senso della fondatezza e, quindi, a definire il giudizio, atteso che sarebbe meramente defatigatorio disporre il rinvio se la Corte di cassazione è in grado, pronunciando sulla questione, di dare soluzione finale al giudizio.

Ma non è meno palese quando, invece, la questione si presti ad essere decisa nel senso della sua infondatezza e, dunque, occorra un rinvio per l'esame delle altre questioni non esaminate dal giudice di merito: sarebbe, infatti, contrario al principio della ragionevole durata del processo perpetuare l'incertezza sulla soluzione della questione demandandone la decisione al giudice di rinvio per poi consentire un nuovo giudizio di cassazione, ove egli, nell'esaminarla senza dover ricorrere ad accertamenti di fatto, la risolva erroneamente *in iure*, cioè in modo contrario a quanto si evidenzi alla stessa Corte di cassazione all'atto del giudizio in cui viene disposta la cassazione proscutoria necessaria per l'esame di altre questioni non esaminate (cioè che si sarebbero dovute considerare all'esito della soluzione di infondatezza della questione, già negata senza *potestas iudicandi* dal giudice della sentenza cassanda).

§2.4. Tanto premesso, il Collegio – previo rilievo che, *ratione temporis*, la disciplina di riferimento in punto di tutela del consumatore applicabile al contratto fra le parti è quella degli artt. 1469-*bis* e ss. c.c. (essendo il c.d. Codice

del consumo entrato in vigore successivamente alla stipulazione) – osserva che la valutazione *in iure* della clausola 1.16. evidenzia la sua vessatorietà ed inefficacia ai sensi dell'art. 1469-*quinquies*, primo comma c.c.

Queste le ragioni.

§2.5. Va rilevato che il contenuto della clausola, sotto la rubrica che si è sopra indicata, è il seguente: <<*Le controversie di natura medica sul grado di invalidità permanente, nonché sull'applicazione dei criteri di indennizzabilità previste dall'art. 1.10 sono demandate per iscritto ad un collegio di tre medici, nominati uno per parte ed il terzo di comune accordo o, in caso contrario dal Consiglio dell'Ordine dei Medici avente giurisdizione nel luogo ove deve riunirsi il collegio dei medici. Il collegio medico risiede nel Comune, sede di Istituto di medicina legale, più vicino al luogo di residenza dell'assicurato. Ciascuna delle parti sostiene le proprie spese e remunera il medico da essa designato, contribuendo per metà delle spese e competenze del terzo medico. È data facoltà al collegio medico di rinviare, ove ne riscontri l'opportunità, l'accertamento definitivo della invalidità permanente ad epoca da definirsi dal collegio stesso, nel qual caso il collegio può intanto concedere una provvisoria sull'indennizzo. Le decisioni del collegio medico sono prese a maggioranza di voti, con dispensa da ogni formalità di legge, e sono vincolanti per le parti, le quali rinunciano fin da ora a qualsiasi impugnativa salvo i casi di violenza, dolo errore o violazione di parti contrattuali. I risultati dell'operazione arbitrale devono essere raccolti in apposito verbale, da redigersi in doppio esemplare, uno per ognuna delle parti.>>*

Una volta considerato che la clausola arbitrale di cui si discorre ha natura irrituale, essendosi sul punto formato giudicato interno, si deve innanzitutto rilevare che è esclusa la possibilità di ricondurla per ciò solo ed automaticamente, cioè in quanto prevedente un arbitrato di quella natura, all'ambito del n. 18 dell'art. 1469-*bis*, comma terzo, atteso che la possibilità di impugnativa della decisione arbitrale irrituale dinanzi all'a.g.o. come un

regolamento di natura negoziale, esclude la ricorrenza di una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, trattandosi di deroga solo provvisoria, di modo che la clausola non può di per sé presumersi di per sé vessatoria in ragione di detta previsione normativa.

Tuttavia, sia la valutazione in concreto del contenuto della clausola sempre con riferimento al citato n. 18, sia l'applicazione del criterio del primo comma dell'art. 1469-*bis*, cui può procedersi senza bisogno di accertamenti di fatto, dato che trattasi soltanto di esercitare il potere di sussunzione *in iure* sotto la norma del contenuto della clausola (e che, come si dirà, palesa che essa proprio per il suo complessivo tenore si risolve in <<un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto>>), sia l'applicazione, possibile nuovamente perché non sono necessari accertamenti di fatto, del criterio di cui al n. 2 dello stesso terzo comma, permettono di pervenire ad una conclusione complessiva e finale nel senso che la clausola che si esamina dev'essere considerata vessatoria e, dunque, inefficace.

Va, infatti considerato che, di fronte all'evenienza del verificarsi di un sinistro, il diritto di esercitare la garanzia del ricorrente-consumatore risulta oggettivamente tutelato in modo squilibrato rispetto alla posizione dell'assicuratrice, perché l'imposizione convenzionale di ricorrere all'arbitrato irrituale è regolata in concreto in modo tale che, essendo imposto a ciascuna delle parti di sostenere la spesa della nomina e della remunerazione del medico designato unilateralmente, ma anche di contribuire per metà alle spese di nomina e alla remunerazione per il terzo medico, da nominarsi in caso di disaccordo dal Consiglio dell'Ordine dei Medici, e non essendo previsto che tale regolamentazione sia solo provvisoria in vista dell'esito finale dell'arbitrato, la prospettiva che il contraente-consumatore ha di vedersi riconosciuto il suo diritto all'indennizzo, anche allorquando esso venga accertato pienamente, con la decurtazione della parte di spesa a suo carico, si risolve in una sostanziale limitazione di detto indennizzo, perché, dovendo il consumatore sopportare la

spesa dell'arbitro da lui nominato e metà della spesa della nomina del terzo arbitro, egli finisce per subire un esborso che si risolve in una decurtazione dell'indennizzo.

Da tanto discende la presunzione di vessatorietà della clausola ai sensi dell'art. 1469-*bis*, terzo comma, n. 2 c.c., nonché – all'esito di tale valutazione in concreto - ai sensi dello stesso n. 18 dello stesso comma, tenuto conto che la posizione del consumatore risulta tale che egli vede derogata la possibilità di poter ottenere, come la potrebbe ottenere tramite la giurisdizione, l'integrale copertura delle spese: infatti, se egli potesse agire in via giudiziale direttamente ed ottenesse tutela non subirebbe l'incidenza dell'esborso previsto dalla clausola.

Sicché, sotto tale profilo, l'operare della clausola si risolve anche in una vera e propria deroga, non rimediabile, del resto, attraverso l'impugnazione della decisione negoziale degli arbitri irrituali, alla "competenza" dell'autorità giudiziaria, siccome sussistente nel caso di azione giudiziale.

La clausola di cui si discorre risulta, inoltre, vessatoria, sulla base del procedimento di sussunzione *in iure*, anche là dove stabilisce che il collegio arbitrale, se ne riscontri l'opportunità, può differire l'accertamento definitivo della invalidità permanente, cioè della situazione evidenziante il sinistro, affidando alla discrezionalità del medesimo solo il potere di concedere una provvisoria sull'indennizzo e non invece l'obbligatorio riconoscimento di tale provvisoria con riferimento all'invalidità per come accertata. Tale previsione rendendo del tutto incerta la conseguibilità di una tutela pur provvisoria in relazione all'invalidità frattanto riconosciuta si risolve in un oggettivo squilibrio della posizione delle parti a svantaggio del consumatore, nonché nella violazione anche qui dello stesso già citato n. 18: infatti, un rinvio della decisione <<ad epoca da definirsi dal collegio>> non trova un equivalente nella prospettiva di svolgimento della sua azione che il consumatore avrebbe davanti all'autorità giudiziaria. Dinanzi ad essa, infatti, non è certo previsto un

meccanismo di tutela discrezionale come quello di cui alla clausola, atteso che, per un verso, supponendo l'accertamento definitivo della invalidità permanente una certezza su un certo grado di invalidità e non potendosi nel riferimento all'epoca da definirsi intravedersi un equivalente della prosecuzione per la liquidazione, la situazione risulta in alcun modo apparentabile a quella descritta dall'art. 278 c.p.c., sicché, in aggiunta all'evidente squilibrio della posizione delle parti a tutto vantaggio della società assicuratrice (professionista), vi è anche – e nuovamente – un'oggettiva limitazione del diritto di azione e, dunque della competenza dell'autorità giudiziaria.

§2.6. Le svolte osservazioni rendono palese l'esistenza della presunzione di vessatorietà della clausola sulla base delle previsioni della legge italiana (artt. 1469-*bis* e ss. c.c.) e senza che occorra nemmeno procedere ad una sua esegesi, che accerti se essa sia comunque rispettosa del diritto comunitario in base al quale la normativa degli artt. 1469-*bis* e ss. venne emanata e segnatamente della lettera g) dell'allegato alla direttiva 93/16/CEE del 5 aprile 1993. Dovendosi le disposizioni di cui a quella normativa interpretare sempre nel senso di assicurare il rispetto dei principi della direttiva.

Poiché, come emerge anche dalle difese svolte con il controricorso dalla resistente che non ha in alcun modo prospettato alcunché al riguardo, non ricorre la situazione di cui all'ultimo comma dell'art. 1469-*ter* (cioè che la clausola fosse stata oggetto di trattativa individuale, trattativa che incombeva alla resistente comunque di provare), si configura senza dubbio, una volta accertata la presunzione di vessatorietà l'inefficacia a vantaggio del ricorrente della clausola stessa, la quale, pertanto, con pronuncia parziale sul merito, dev'essere senz'altro dichiarata a mente dell'art. 1469-*quinquies* c.p.c., in applicazione del seguente principio di diritto: **<<Nel regime degli artt. 1469-*bis* e ss. c.c. in un contratto assicurativo per infortuni, concluso sulla base di condizioni generali predisposte dall'assicuratore, si deve considerare vessatoria e, dunque, inefficace, la clausola delle stesse, espressamente qualificata come**

di arbitrato irrituale, la quale, nel prevedere che le controversie sul grado di invalidità permanente e sui criteri di indennizzabilità siano demandate ad un collegio medico di tre membri, di cui uno ciascuno da nominarsi dai contraenti ed il terzo da un soggetto estraneo, stabilisca: *a)* che le spese relative alla nomina e remunerazione del membro da nominarsi da ciascuna parte per l'intero e quelle del terzo per metà siano a carico di ognuno dei contraenti (e, quindi, per quanto gli compete, del consumatore); *b)* che il collegio arbitrale può rinviare ad epoca da definirsi l'accertamento definitivo del grado di invalidità permanente, con la sola possibilità di una provvisoria sull'indennizzo. La vessatorietà discende ai sensi di una congiunta valutazione in forza del primo comma dell'art. 1469-bis e dei nn. 2 e 18 del terzo comma della stessa norma.>>.

E' appena il caso di rilevare che l'inefficacia della clausola, a norma del terzo comma, dell'art. 1469-*quinquies* sarebbe stata dichiarabile anche d'ufficio. Lo si osserva non senza, peraltro, doversi rimarcare che, essendo stata la questione posta dal ricorrente, all'interno di essa la ricerca dei referenti normativi giustificativi era comunque attività di qualificazione *in iure* in ogni caso commessa al giudice e, dunque, bene esercitata da questa Corte nell'assunzione dei poteri di decisione di merito su un contraddittorio comunque già instaurato, il che esclude che ricorressero le condizioni di cui al terzo comma dell'art. 384 c.p.c.

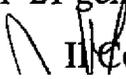
§2.7. Pronunciando, dunque, nel merito ai sensi del terzo comma dell'art. 384 c.p.c. sulla questione relativa alla vessatorietà della clausola 1.16., il Collegio ne dichiara l'inefficacia, con la conseguenza che il giudice di rinvio, che si designa in altra sezione della Corte d'Appello di Milano, comunque in diversa composizione, dovrà decidere la controversia di appello esaminando le altre questioni non esaminate per effetto dell'accoglimento del primo motivo di appello e, quindi, ritenendo proponibile l'azione dinanzi all'a.g.o. appunto per l'inefficacia della clausola stessa.

Al giudice di rinvio, stante la parzialità della presente decisione con riferimento al merito, è rimesso di provvedere sulle spese del giudizio di cassazione.

P. Q. M.

La Corte rigetta il primo motivo. Accoglie per quanto di ragione il secondo motivo e cassa la sentenza impugnata in relazione. Pronunciando sul merito riguardo all'efficacia della clausola compromissoria ne dichiara l'inefficacia. Rinvia ad altra sezione della Corte d'Appello di Milano, comunque in diversa composizione, per la decisione sui motivi di appello non esaminati, nonché sulle spese del giudizio di cassazione .

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile, il 21 gennaio 2015.

 Il Cons. est.

 Il Presidente.