

Sentenza della Corte di Appello di Roma Sezione seconda civile depositata 24.9.2002

LA CORTE DI APPELLO DI ROMA

SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dai signori Magistrati

(...)

riunita in Camera di Consiglio, ha emesso la seguente

SENTENZA

Nelle cause civili riunite in grado di appello, iscritte ai n. 4417, 4419, 4419 del Ruolo Generale contenzioso dell'anno 2000, poste in decisione alla udienza collegiale del 5 Marzo 2002 e vertenti

TRA

BANCA FIDEURAM

Elettivamente domiciliata in Roma, via Antonio Gramsci, n. 54, presso lo studio dell'avv. Francesco Ruggieri, che la rappresenta e difende per procura a amargine dell'atto d'appello, unitamente all'avv. Emilio Girino del foro di Milano

APPELLANTE nella causa n. 4417/2000

E

BANCA POPOLARE DI MILANO soc. coop. a resp. lim.

Elettivamente domiciliata in Roma, via dei Crociferi, n. 44, presso lo studio dell'avv. Salvato(re Maccarone, che lo rappresenta e difende per procura in calce all'atto d'appello unitamente all'avv. prof. Giorgio De Nova e all'avv. Daniele Maffeis del foro di Milano

APPELLANTE nella causa n. 4418/2000

E

ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIAN - ABI

Elettivamente domiciliata in Roma, via dei Crociferi, n. 44, presso lo studio dell'avv. Salvatore Maccarone e dell'avv. Lucia Stazi, che lo rappresenta e difende per procura in calce all'atto d'appello

APPELLANTE nella causa n. 4419/2000

E

COMITATO CONSUMATORI ALTRO CONSUMO

Elettivamente domiciliato in Roma, via Monte Santo, n. 2, presso lo studio dell'avv. Sergio Barenghi e Andrea Barenghi, che lo rappresentano e difendono per procura a margine della comparsa di risposta

APPELLATO

E

CITTADINANZATTIVA (già MOVIMENTO FEDERATIVO DEMOCRATICO - MFD)

Elettivamente domiciliato in Roma, lungotevere Marzio n. 1, presso lo studio dell'avv. prof. Francesco Macario, che lo rappresenta e difende per procura a margine della comparsa di risposta

APPELLATA

OGGETTO: azione inibitoria di clausole abusive

CONCLUSIONI

All'udienza del 5 Marzo 2002 le parti così precisavano le rispettive conclusioni

PER L'APPELLANTE BANCA FIDEURAM: "Voglia l'Ecc.ma corte d'appello adita, ogni contraria domanda, eccezione e deduzione disattesa, riformare integralmente la sentenza 17 gennaio 21 gennaio 2000 n. 1361/2000, nonché così giudicare

in via preliminare, nei confronti delle domande svolte dal Comitato Consumatori Altro consumo

- dichiararsi l'inammissibilità delle domande svolte dal Comitato Consumatori Altro Consumo perché tardivamente dedotte con l'intervento adesivo autonomo svolto;

in via preliminare, nei confronti delle domande svolte da Cittadinanzattiva

- dichiararsi l'improponibilità ed inammissibilità delle domande svolte dalla Cittadinanzattiva per manifesta carenza di legittimazione ad agire in capo all'associazione e, per l'effetto

- respingersi le domande tutte proposte sia da CCA che da Cittadinanzattiva;

in subordine, nel merito, nei confronti delle domande svolte da Cittadinanzattiva e da CCA

- in via principale, nella denegata ipotesi di rigetto delle domande dedotte in via

preliminare: respingersi le domande tutte siccome infondate in fatto in diritto per le ragioni tutte di cui agli scritti depositati nel presente giudizio;

- in estremo subordine, per la non creduta ipotesi di conferma parziale della sentenza;

a) riformarsi la sentenza per la parte in cui dispone l'estensione dell'inibitoria anche ai contratti in essere già stipulati alla data della pronuncia della sentenza;

di) respingersi comunque la domanda di ordine di rettifica

- in ulteriore estremo subordine: riformare la sentenza per la parte in cui ha disposto la domanda di pubblicazione della sentenza medesima siccome infondata in fatto ed in diritto e gratuitamente emulativa;

in ogni caso, nei confronti delle domande svolte da Cittadinanzattiva e da CCA

- con vittoria di spese e onorari di lite".

PER L'APPELLANTE ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA ABI: "Piaccia all'Ecc.ma corte d'appello adita, ogni contraria istanza ed eccezione respinta, in riforma della sentenza del tribunale civile di Roma, sezione civile seconda, n. 1361/2000, emessa inter partes in data 17/21 gennaio 2000, registrata il 17 febbraio 2000, non notificata, così giudicare:

non

in via preliminare e pregiudiziale:

a) accertare e dichiarare la carenza di legittimazione attiva di Cittadinanza Attiva (già Movimento Federativo Democratico);

b) accertare e dichiarare l'inammissibilità dell'intervento svolto dal Comitato Consumatori Altroconsumo, anche per carenza della legittimazione attiva;

c) accertare e dichiarare la carenza di legittimazione passiva dell'associazione bancaria italiana;

in via principale, nel merito, ma subordinatamente al mancato accoglimento delle eccezioni preliminari pregiudiziali:

- accertare e dichiarare l'infondatezza in fatto e diritto delle domande di Cittadinanza attiva (già Movimento Federativo Democratico) e del Comitato Consumatori Altroconsumo e per l'effetto respingerle integralmente;

in via subordinata, nel merito, nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda di inibitoria proposta da Cittadinanza Attiva (già Movimento Federativo Democratico) e dal Comitato Consumatori Altroconsumo:

a) respingere la richiesta di pubblicazione del provvedimento sul Corriere della Sera, sulla Repubblica e su Il Sole 24 Ore, ovvero, in ulteriore subordine, ordinare la pubblicazione su un solo quotidiano.

Con vittoria di spese, competenze e onorari del doppio grado di giudizio e della fase di urgenza".

PER L'APPELLANTE BANCA POPOLARE DI MILANO: "Piaccia alla corte Ecc.ma, ogni diversa e contraria istanza, deduzione, eccezione disattesa e reietta, in riforma della sentenza del tribunale di Roma 17 gennaio-21 gennaio 2000, n. 1361/2000, così

giudicare

- in via preliminare processuale, dichiarare inammissibili per mancanza di legittimazione ad agire le domande del Movimento Federativo Democratico e dichiarare inammissibili per la irritualità dell'intervento le domande del Comitato dei Consumatori Altroconsumo e per l'effetto integralmente respingere le domande del Movimento Federativo Democratico e del Comitato di Consumo Altroconsumo;

- in subordine e nel merito, dichiarare inammissibili e comunque integralmente respingere tutte domande del Movimento Federativo Democratico e del Comitato di Consumo Altroconsumo;

- in ogni caso, con vittoria integrale di spese, competenze ed onorari di entrambi gradi del giudizio, ivi compresa la fase cautelare in primo grado".

PER L'APPELLATO COMITATO CONSUMATORI ALTROCONSUMO: "Voglia l'Ecc.ma corte d'appello di Roma rigettare l'appello in quanto infondato in fatto e in diritto e conseguentemente confermare in ogni sua parte la sentenza impugnata, condannando l'appellante alla rifusione delle spese di lite anche del presente grado di giudizio".

PER L'APPELLATA CITTADINANZATTIVA:

"Piaccia l'Ecc.ma corte d'appello adita, rigettata ogni contraria domanda, istanza o eccezione,

in via principale, di rito e di merito,

- confermare la sentenza impugnata, emessa dal tribunale di Roma, sezione II civile, n. 1361/2000, in data 10/21 gennaio 2000, in ogni sua parte.

Con condanna alle spese, competenze e onorari del presente giudizio".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 17 dicembre 1997, il Movimento Federativo Democratico conveniva dinanzi al tribunale di Roma l'Associazione Bancaria italiana-ABI, nonché la

banca Fideuram s.p.a. e la Banca Popolare di Milano s.c.r.l., per ottenere l'accertamento dell'abusività delle clausole - contestualmente elencate - predisposte dalla prima come condizioni generali di contratto; e per l'effetto, inibirne l'utilizzazione, sia nei rapporti futuri sia in quelli pendenti, con ordine alle convenute di rettificarle mediante lettera circolare da indirizzare alla clientela e pubblicazione integrale, o per estratto, della sentenza su quotidiani nazionali.

Costituitasi ritualmente l'Abi eccepiva la carenza di legittimazione attiva del Movimento Federativo Democratico, perché privo del requisito di rappresentatività della generalità dei consumatori, anche ai sensi della legge n.281/98.

Ancora in via preliminare, eccepiva la propria carenza di legittimazione passiva, deducendo di non essere associazione di professionisti utilizzatrice delle condizioni generali contratto, in quanto priva di un interesse proprio, come associazione di categoria.

Nel merito, contestava la domanda e ne chiedeva il rigetto, opponendosi anche alla richiesta, di natura emulativa, di pubblicazione del richiesto provvedimento su tre giornali.

Anche le convenute Banca Popolare di Milano e Banca svolgevano deduzioni ed eccezioni analoghe.

In sede di memorie autorizzate ex articolo 183 cod. procedura civile, il Movimento Federativo Democratico rinunciava alla contestazione di varie clausole.

All'udienza del 3 marzo 1999, fissata ex articolo 184 cod. procedura civile, interveniva in giudizio il Comitato Consumatori Altroconsumo, ai sensi dell'articolo 105 cod. proc. civ., facendo proprie le conclusioni. svolte dall'attore. Anche nei suoi confronti le convenute eccepivano la carenza di legittimazione attiva, per difetto di rappresentatività, e la tardività dell'intervento.

Con sentenza 21 gennaio 2000 il tribunale di Roma, ritenuta la legittimazione attiva, sia del Movimento Federativo Democratico sia del Comitato Consumatori Altroconsumo, trattandosi di associazioni rappresentative di interessi diffusi dei consumatori, non soggette, ai fini dell'azione inibitoria prevista da norma speciale (art. 1469 sexies cod. civ.) [1], ai precisi requisiti indicati dalla legge generale 281/98 [2] (oltretutto entrata in vigore dopo l'instaurazione e perfino la fase di discussione della causa); ritenuta la legittimazione passiva dell'Associazione Bancaria Italiana, alla luce della direttiva CEE, che all'art. 7 faceva riferimento anche alle associazioni di professionisti che raccomandano l'inserzione di clausole, pur senza stipulare contratti con i consumatori; ritenuta l'ammissibilità dell'intervento del Comitato Consumatori Altroconsumo - definito adesivo autonomo o litisconsortile - perché non soggetto a termine di preclusione, ex articolo 268 cod. proc. civile, se non per l'attività istruttoria, nella specie non svolta; accoglieva, in misura pressoché integrale, la domanda delle associazioni dei consumatori, dichiarando abusive le clausole indicate nell'atto di citazione con i numeri dure, 4, 6, 7, 8, 14, 15, 16, 23, 24, 31, 32, 37, 39, 40, 41, 44, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 56, 58, 59, 62, 66, 72, 77 e

78, inibendone l'uso sia nei rapporti pendenti, sia in quelli futuri.

Rigettava invece l'impugnazione delle clausole destinate a disciplinare rapporti contrattuali con soggetti diversi dai consumatori e di quelle non più inserite come condizioni generali nei contratti di apertura di credito.

Ordinava inoltre di dare notizia della sentenza a tutte le imprese associate a mezzo lettera circolare e di pubblicare il dispositivo su tre quotidiani. Compensava per la metà le spese di giudizio.

Avverso la sentenza proponevano separato appello la Banca Fideuram, la Banca Popolare di Milano e l'Associazione Bancaria Italiana, con atti di citazione notificati il 21 settembre 2000.

Deducevano che erroneamente il tribunale aveva ritenuto la rappresentatività delle due associazioni, attrice e intervenuta, sulla base del principio che la legge 281/98 non fosse applicabile alla fattispecie, perché successiva all'introduzione del giudizio: senza tener conto che le condizioni dell'azione devono essere verificate alla luce della legge vigente al momento della decisione. Inoltre, tale legge doveva essere interpretata come integrativa di altra norma speciale contenuta nella legge 56/1996 e quindi valeva ad introdurre i requisiti della legittimazione attiva straordinaria e collettiva di cui all'articolo 1469 sexies cod. civ.. La diversa impostazione seguita dal tribunale conduceva inevitabilmente ad una valutazione discrezionale, e perciò stessa arbitraria della rappresentatività, da parte del giudice; tanto più pernicioso, in quanto funzionale ad un'azione inibitoria generale e astratta, di carattere eccezionale, gravida di conseguenze per la parte soccombente e il mercato in genere.

Deducevano altresì l'inammissibilità, per tardività, dell'intervento in causa del Comitato Consumatori Altroconsumo.

Nel merito, censuravano le statuizioni di vessatorietà delle clausole, singolarmente considerate.

Costituendosi ritualmente la Cittadinanzattiva (già Movimento Federativo Democratico) e il Comitato Consumatori Altroconsumo chiedevano il rigetto del gravame.

La causa passava in decisione sulle conclusioni precisate all'udienza del 5 marzo 2002, in epigrafe riportate.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) LEGITTIMAZIONE ATTIVA

Natura pregiudiziale ha l'eccezione di carenza di legittimazione attiva della Cittadinanzattiva e del Comitato Consumatori Altroconsumo.

Al riguardo, si pone, innanzitutto il problema ermeneutico se tra la norma di cui all'art. 1469 sexies e la disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti introdotta con la legge

30 luglio 1998 n.281, con particolare riguardo all'art. 5, introduttivo dell'elenco delle associazioni dei consumatori degli utenti rappresentative a livello nazionale, che ex art. 3 godono della legittimazione ad agire, intercorra un rapporto di concorso reale - ed eventualmente conflittuale - o apparente.

Non si può sciogliere il nodo utilizzando la "ratio decidendi" del Tribunale, che ha attribuito alla "lex posterior" natura generale e quindi inidonea a derogare alla "lex specialis" codicistica o ad emendarla. L'argomento, già "prima facie", non è divisibile per l'impossibilità di riconoscere alla normativa del codice valore speciale. Si tratta, per contro, sotto il profilo sistematico, della fonte generale per eccellenza.

È invece la comparazione del contenuto che porta ad escludere ogni efficacia integrativa, con carattere di esclusività, della legge 281/1998. Intanto, il suo oggetto è significativamente più ampio, investendo tutti i diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti, elencati all'art.1, secondo comma, e relativi a) alla tutela della salute, b) alla sicurezza e qualità dei prodotti e servizi, c) ad un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, d) all'educazione al consumo, e) alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi, f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti, g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza. Come si vede, una gamma ad ampio spettro di previsioni di cui solo quella sub e) può ricondursi al contratto tra professionisti e consumatori, e dunque alla tutela contro clausole vessatorie, in concorso con l'articolo 1469 bis e seguenti c.c.. L'argomento, occorre riconoscere, non è ancora decisivo, perché ben potrebbe una legge più ampia ridisegnare limiti e presupposti di un istituto preesistente. È comunque da escludere che la legge 281/98 sia di interpretazione autentica: per la non coincidenza di contenuto e inoltre perché l'art. 3, quinto comma, introduce sicuramente novità anche procedurali, quale il presupposto di procedibilità rappresentato dalla richiesta di cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti, comunicata con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, ed inutile decorso del termine dilatorio di quindici giorni. Affermare che i requisiti introdotti disciplinino le azioni inibitorie già intraprese significa, in concreto, negare la procedibilità di quelle non ancora concluse prima dell'entrata in vigore della l. 281/98 (in pratica, tutte), per l'impossibilità che esse rispecchino sia il presupposto soggettivo dell'iscrizione nell'elenco speciale, sia quello oggettivo di procedibilità testé ricordato.

Poiché è da escludere che l'articolo 1469 sexies non sia stato esecutivo, se non a seguito dalla disciplina introdotta dalla legge 281/1998 (e del regolamento del ministro dell'industria previsto all'art. 5, secondo comma), ai fini dell'iscrizione nell'elenco delle associazioni rappresentative a livello nazionale - a pena di "vacatio legis" - si deve ritenere che la nuova disciplina abbia valore solo per il futuro, e cioè per azioni di proposizione successiva alla sua entrata in vigore.

Ne si può contrastare tale conclusione, configurando la presenza dei requisiti soggettivi come condizione dell'azione, da verificare al momento della decisione e non al momento della introduzione del giudizio. L'argomento, in linea di principio, è esatto, ma porta a conclusione contraria alla tesi delle appellanti. Nel senso, cioè, che la condizione

dell'azione può non sussistere al momento dell' edictio actionis e nondimeno efficacemente sopraggiungere prima della decisione (a differenza del presupposto processuale). Ma non nel senso inverso, che la legittimità di una domanda giudiziale venga meno per effetto di ius superveniens, d'efficacia retroattiva ("tempus regit actum"); salva, s'intende, un'espressa disposizione in tal senso. Il sistema è, anzi, pieno di esempi dell'irrilevanza di mutamenti in fatto e diritto nelle more del giudizio; espressione, del resto, del generalissimo principio di cui all'art. 11 disp. sulla legge in generale (cfr., a mero titolo esemplificativo, art. 5 c.p.c.; art. 111 cod. proc. civ. che disciplina l'ipotesi più frequente di "perpetuatio legitimatiois". Per non parlare di molti altri esempi sparsi, quale l'irrilevanza della riduzione della quota sociale al di sotto della proporzione prevista ai fini della legittimazione attiva nel corso del procedimento ex art. 2409, secondo l'opinione prevalente.

Non senza dire che la perdita ex post della legittimazione, come effetto legale di una norma espressa, sarebbe passibile di incostituzionalità.

Alla luce di questi rilievi si deve concludere che nell'intervallo temporale tra le due normative, era demandato al giudice l'accertamento incidentale della rappresentatività concreta dell'associazione dei consumatori quale titolo di legittimazione per l'esercizio dell'azione inibitoria. Con quel tanto di empirismo critico - meno usuale che in altri ordinamenti, ma non certo eccezionale - che si riscontra nel sistema anche in fattispecie analoghe: quale, ad es., in tema di legittimazione attiva delle associazioni ambientaliste ex art. 18 l. 8 Luglio 1986 .349 (cfr. Consiglio di Stato 7-2-1996, n.182 secondo cui il potere di individuazione del ministro dell'ambiente, ai sensi dell'art. 13 l. cit. non esclude il concorrente potere del giudice di accertare caso per caso la legittimazione della singola associazione ad impugnare provvedimenti lesivi d'interessi ambientali); o, in tema di (maggiore) rappresentatività dei sindacati ai fini dell'azione ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori (non sempre ancorata al solo dato numerico: C. Cost. 19-10-1988 n. 975); o, infine, in prospettiva più lata, tutte le volte che si debba dare concretezza interpretativa ad una clausola generale.

In un istituto processuale di natura eccezionale nel nostro ordinamento, costruito sulla falsariga dell'azione negatoria in difesa della proprietà, era prevedibile una progressiva tipizzazione soggettiva, legata peraltro all'ampliamento della legittimazione attiva anche nell'ambito di stati membri della comunità diversi da quello di appartenenza dell'associazione attrice: obiettivo perseguito dalla direttiva 19 maggio 1998 n. 27, di cui la legge-quadro sui diritti dei consumatori 30 luglio 1998 n. 281, successivamente emendata dal decreto legislativo 23 aprile 2001, n. 124, può dirsi l'attuazione.

Al presente, certo, si può davvero parlare di numero chiuso dei soggetti abilitati ad esperire tale rimedio, attraverso l'indicazione di rigidi requisiti (art. 5 legge 281/1998) e dell'iscrizione nell'elenco delle associazioni dei consumatori degli utenti rappresentative a livello nazionale presso il ministero dell'industria e del commercio. Ciò non toglie che nulla delle ricordate disposizioni nazionali e comunitarie autorizza ad assegnare loro valore retroattivo, emendativo o integrativo dell'art. 1469 sexies: con la conseguenza che i requisiti di rappresentatività nella fattispecie in esame non possono che essere valutati sulla base del nudo enunciato della norma codicistica e cioè di un indice di

rappresentatività a maglie larghe, idoneo solo ad escludere con certezza l'azione inibitoria (quasi) individuale o comunque di associazioni prive di alcuna seria rappresentatività; ad es. perché senza apprezzabile partecipazione soggettiva o radicamento generale sul territorio.

D'altra parte, nel regime transitorio antecedente all'entrata in vigore della l. 281/98 il paventato rischio di azioni avventurose da parte di soggetti poco responsabili, suscettibili di turbare il mercato, appare non poco enfatizzato. Ove l'azione sia infondata, nessun effetto sostanziale si ripercuoterà sulla massa dei contratti stipulati in base a clausole legittime. E un filtro preventivo adeguato sarà costituito, soprattutto per le associazioni meno solide e rappresentative, dal rischio della soccombenza, comportante un onere rilevante di spese processuali, in considerazione del valore, di norma elevato, della causa.

In ogni caso, va comparato il rischio predetto con quello ben più grave di lasciare sostanzialmente senza tutela adeguata il consumatore singolo, per il quale una volta stipulato il contratto, con il suo apparato insidioso di condizioni generali, diventa poco agevole risalire la china con un'iniziativa giudiziaria.

Ciò premesso, appaiono congrui e condivisibili i criteri di valutazione adottati dal tribunale di Roma per affermare la rappresentatività del Movimento Federativo Democratico e del Comitato di consumatori Altroconsumo. Essi consistono in particolare nell'oggetto statutario (che prevede la tutela degli interessi dei consumatori), nella partecipazione ad organismi pubblici (Consulta dei consumatori, e poi il Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti), e - da ultimo ma non per ultimo - nel reiterato riconoscimento della loro rappresentatività da parte di giudici di merito. Parametri, che appaiono consoni alla direttiva 5 aprile 1993 n. 13 del consiglio della Comunità europea, che, nella premessa, delinea in termini ampi la legittimazione attiva ("**considerando che le persone o le organizzazioni che in base alla legge di uno Stato membro hanno un interesse legittimo a tutelare il consumatore devono avere la possibilità di avviare un procedimento in merito alle clausole contrattuali redatte in vista di una loro inserzione generalizzata nei contratti stipulati con consumatori e in particolare in merito alle clausole abusive, davanti a un'autorità giudiziaria un organo amministrativo competente a decidere dei reclami o a iniziare adeguate azioni giudiziarie...**"). Ribadita, all'art. 7, con riferimento perfino a persone, oltre che ad organizzazioni, se titolari del predetto interesse legittimo.

2) LEGITTIMAZIONE PASSIVA

Per quanto riguarda l'ecceppata carenza di legittimazione passiva dell'Associazione Bancaria Italiana, occorre por mente al citato art. 7 della Direttiva che al terzo comma identifica il requisito in capo a "**più professionisti dello stesso settore economico o associazioni di professionisti che utilizzano o raccomandano l'inserzione delle stesse clausole contrattuali generali o di clausole simili**".

Sebbene all'articolo 1469 sexies il verbo "raccomandare" non figuri più è da escludere che l'omissione sia espressione di una precisa "mens legis" di limitare la legittimazione passiva ai soli soggetti contraenti. È più probabile che nella locuzione codicistica, con il

verbo "utilizzare" sia già implicita l'inclusione di quelle associazioni rappresentative che - come nella specie l'ABI - non si limitino a diffondere la conoscenza delle condizioni generali, esprimendo un parere positivo di utilizzabilità; ma le elaborino, esse stesse. Né è seriamente contestabile l'autorevolezza della raccomandazione, rivelata perfino a livello terminologico dalla definizione corrente di norme bancarie uniformi - fino ad un recente passato ritenute raccolta di usi, con autentico valore normativo - dotate di costante efficacia conformativa dei contratti stipulati dal ceto bancario.

Si può quindi concludere che la legittimazione passiva dell'ABI risulta perfettamente simmetrica a quella delle associazioni dei consumatori; con in più il carattere monopolistico della rappresentanza del settore.

3) INTERVENTO

Comune alle tre appellanti è la reiterazione dell'eccezione di inammissibilità, per tardività, dell'intervento del Comitato consumatori Altro consumo.

Sul punto, il tribunale ha disatteso l'opinione dottrinale richiamata a sostegno; che vuole emendato il regime dell'intervento in giudizio in dipendenza del sistema di preclusioni adottato con la novella 353/90: con la conseguenza che la possibilità dell'intervento prima che vengano precisate le conclusioni (articolo 268, primo comma, cod. proc. civ.) troverebbe applicazione solo in tema di intervento adesivo dipendente, "ad adiuvandum".

Per contro, il tribunale, pur definendo adesivo autonomo, o litisconsortile, l'intervento del Comitato consumatori, comportante un ampliamento del "thema decidendum", ha osservato che, a differenza di quanto stabilito nel rito del lavoro (art. 419), l'art. 268 non prevede un termine per l'intervento correlato alla costituzione (tempestiva) del convenuto, ma l'ammette fino al momento della precisazione delle conclusioni. E anzi, anche in appello (art. 344) - sia pure nel concorso dei presupposti che autorizzerebbero l'opposizione di terzo ex art. 404 - pur se esso si risolve in una domanda nuova, in tesi generale inammissibile (art. 345). Secondo il tribunale quindi l'eventuale preclusione riguarderebbe solo l'attività istruttoria, ma non quella assertoria: opinione in linea con un precedente della suprema corte (Cass. 14 Maggio 1999, n. 4771).

In contrario, assumono gli appellanti che l'art. 268, primo comma, è stato riformato con la l. 353/90, sostituendosi all'espressione "finché la causa non sia rimessa dal giudice istruttore al collegio" quella "sino a che non vengano precisate le conclusioni". Quest'ultima locuzione identificherebbe, dunque, il momento preclusivo con il termine finale per la modificazione delle conclusioni, ai sensi dell'articolo 183, quarto comma.

Il motivo è infondato.

In primo luogo, nessun valore decisivo si può assegnare all'emendamento sopra trascritto, che è conseguenza immediata della modifica della composizione necessariamente collegiale del tribunale; e quindi, della normale inesistenza di un'udienza di spedizione a sentenza dinanzi al collegio. È quindi logico che si sia spostato il termine per l'intervento a quello in cui il giudice monocratico, precisate dalle parti le conclusioni (art. 189 c.p.c.),

trattiene la causa in decisione, assegnando i termini per il deposito della comparsa conclusionale e della memoria di replica, con cui si possono solo motivare le conclusioni già assunte; ma non modificarle, né tanto meno introdurre domande nuove.

Ciò premesso, limitarsi alla lettura del dato testuale dell'art. 268 c.p.c., alla luce del regime rigido di preclusioni, significherebbe rendere inammissibile l'intervento litisconsortile - quale senza dubbio è quello del Comitato Consumatori Altroconsumo - dopo la prima udienza, se non addirittura entro i termini per la tempestiva costituzione del convenuto (art. 166 e 167 c.p.c.), visto che l'atto d'intervento di questo tipo contiene appunto una domanda nuova.

Il che, in tesi generale, equivarrebbe ad abrogare l'istituto ex art. 105, primo comma, c.p.c., senza che alcuna disposizione espressa della Novella 353/90, al di là del ricordato ritocco cosmetico di coordinamento, abbia emendato l'art 268. Ed è appena il caso di aggiungere che, nella pluridecennale esperienza anteriore alla riforma nessuno aveva mai dubitato che l'intervento potesse avvenire fino alla chiusura dell'istruttoria, sebbene anche allora fossero inammissibili domande nuove.

Il conflitto di norme dev'essere dunque risolto sulla base della ratio decidendi del ricordato precedente (Cass. 14 -5-1999, n. 4771), fatta propria dal tribunale, e considerare rituale e tempestivo, perché anteriore alla precisazione delle conclusioni ex art. 189 c.p.c, l'intervento adesivo principale del Comitato dei Consumatori Altroconsumo, limitatosi ad una attività assertiva, perfettamente conforme a quella dell'ex Movimento Federativo Democratico, senza formulazione di istanze probatorie. In questo caso infatti, né vi) sacrificio del diritto alla difesa della controparte - cui sarebbero precluse attività consentite all'intervenuto, con una disequaglianza foriera di dubbi di legittimità costituzionale (C. Cost. 23 Luglio 1997, n. 260) - né reale allargamento del thema decidendum ,rispetto alle domande ed eccezioni tempestivamente proposte, se non limitatamente alla verifica della legittimazione stessa dell'intervenuto; che però è connaturale ed ineliminabile in ogni tipo di partecipazione al processo. Al riguardo è inequivoco il tenore delle conclusioni precisate nella comparsa d'intervento (*...voglia il tribunale adito accogliere le conclusioni... così come dedotte nell'atto di citazione introduttivo del presente giudizio notificato dal Movimento Federativo Democratico all'associazione bancaria italiana, alla Banca Popolare di Milano e alla Banca Fideuram e precisate nel successivo atto ex articolo 183 cod. proc. civ., da intendersi qui integralmente trascritte e fatte proprie dall'interveniente...*).

Pertanto l'intervento in giudizio del Comitato Consumatori Altroconsumo è rituale e legittimo.

4) ONERE DELLA PROVA

Nella disamina dei motivi di merito, occorre premettere che talune censure sono comuni alle tre appellanti, mentre altre sono svolte singolarmente; talune investono profili generali della sentenza, altre hanno riguardo invece a statuizioni concernenti specifiche clausole.

Carattere generale ha il quarto motivo d'appello svolto dall'Associazione Bancaria Italiana, con cui viene dedotta la mancanza di prova dell'effettiva vessatorietà, caso per caso. Sarebbe quindi erronea la statuizione del tribunale che ha ritenuto non necessaria tale prova, una volta assolto l'onere di identificazione delle clausole impugnate, in considerazione del potere del giudice di rilevare d'ufficio l'abusività.

Secondo l'appellante la prova deve essere invece fornita in termini più rigorosi proprio in sede di inibitoria collettiva, giacché la condanna pronunciata ex art. 1469 sexies impedirebbe il ricorso alla clausola in qualunque rapporto con la clientela, senza alcun riguardo alle circostanze del singolo caso. Per di più, mentre l'accoglimento dell'inibitoria comporterebbe una condanna definitiva per il professionista, il rigetto non pregiudicherebbe il diritto del singolo consumatore di far valere la vessatorietà nel caso concreto.

Il motivo è infondato.

Esso parte anzitutto dall'affermazione erronea in diritto, consistente nell'assegnare alla sentenza di accoglimento dell'azione inibitoria una portata invalidante assoluta: tale, da non legittimare in alcun caso l'uso della clausola dichiarata abusiva.

In senso contrario, si osserva come l'azione inibitoria, di natura generale e astratta, porti, in caso di accoglimento, al divieto di utilizzarla nel corpo delle condizioni generali predisposte dall'imprenditore: e cioè in quel reticolo di disposizioni accessorie, spesso di assai incisiva portata regolamentare, cui il cliente è assoggettato nel momento stesso in cui stipula il contratto e sul quale non ha, per l'ordinario, alcun reale potere di negoziato. Nulla vieta, per contro, che anche una clausola giudicata abusiva venga reinserita nel singolo contratto e possa ivi risultare legittima in sede di sindacato giudiziale se sia diventata oggetto di trattativa individuale (art. 1469 ter, quarto comma); o risulti, in concreto, bilanciata da vantaggi compensativi, tali da escludere nell'economia generale del contratto quel significativo squilibrio che costituisce la vera anomalia "contra ius". In altri termini, i due giudizi si muovono su piani parzialmente diversi, e lo stesso accoglimento dell'azione inibitoria non determina, come detto, la nullità assoluta, "nunc et semper", delle clausole - che, nel concorso di circostanze specifiche del caso concreto, potranno ben essere inserite ancora nel contratto tra professionista e consumatore - ma solo rende illegittima e proibisce la loro inserzione automatica a titolo di condizioni generali (art. 1341, primo comma). Per quanto, infatti, lo squilibrio sanzionato sia sempre di carattere normativo e non economico, pure, nel successivo apprezzamento del caso singolo, non si potrà non tener conto, diversamente che nell'azione inibitoria astratta, del rilievo che ciò che è abusivo ad un prezzo può essere perfettamente equo ad un altro; e che comunque anche la clausola inibita in via generale può essere efficacemente rinegoziata dai contraenti.

Ciò che quindi si persegue con l'azione inibitoria (novità legislativa sul modello della "class action" di "common law") è la limitazione del potere di conformazione negoziale, eteronomo rispetto alla galassia atomistica di consumatori deboli, che conserverebbero solo la discrezionalità nell'an, di fronte a testi contrattuali dettati negli aspetti più

rilevanti.

Contenuto del giudizio inibitorio, nel caso di specie, caratterizzato dall'ambito d'applicazione praticamente illimitato delle clausole impugnate, è quindi una valutazione astratta che ponga a raffronto la tipicità legale con la tipicità sociale del contratto, corredato delle sue (indefettibili) condizioni generali.

È vero, come sostengono le appellanti, che non ogni difformità dal paradigma legale è fonte di illegittima abusività.

Ma ciò non toglie che, in sede d'inibitoria, le deviazioni dal modello legale (che nei contratti nominati già presuppone un equo bilanciamento, da parte del legislatore, dei contrapposti interessi), devono trovare una ratio giustificativa, funzionale alla causa del contratto, e non essere, per contro, mera manifestazione di rendita di posizione, ad esclusivo vantaggio del contraente forte. Alla luce di tale inquadramento concettuale di un'azione di portata generale ed astratta, non sussiste un onere di provare fatti specifici costitutivi del diritto alla tutela di legge, secondo il principio generale di cui all'articolo 2697 c.c.; bensì solo quello di allegare la clausola sospetta, da porre in relazione con la disciplina legale dello specifico contratto.

5) VESSATORIETÀ PER POCA CHIAREZZA

Con il quinto motivo l'Associazione bancaria italiana censura la sentenza nella parte in cui avrebbe stabilito un'equazione tra poca chiarezza e vessatorietà di molte clausole, dopo aver ritenuto impossibile legittimarle con una interpretazione di favore per il contraente, ammissibile solo in sede di giudizio individuale.

La censura è infondata.

È vero che l'art. 1469 quinquies sancisce l'inefficacia delle clausole considerate vessatorie ai sensi dei precedenti articoli 1469 bis e 1469 ter, senza fare espresso riferimento anche all'art. 1469 quater, secondo il quale **"nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile.**

In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore".

Ma tale omissione non ha il significato di una esclusione. Nel sottosistema dei contratti del consumatore, la trasparenza è anzi uno strumento per il raggiungimento dell'equilibrio delle prestazioni contrattuali e rappresenta la soglia minimale al di sotto della quale la clausola dev'essere senz'altro espunta, anche se attenga alla determinazione dell'oggetto e all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi: elementi, normalmente sottratti al giudizio di vessatorietà (articolo 1469 per secondo comma). Salva, s'intende, la più radicale sanzione della nullità per indeterminabilità assoluta (artt. 1346 e 1418, secondo comma, cod. civ.).

Alla luce di questa premessa non v'è motivo per escludere dall'oggetto dell'azione

inibitoria il sindacato di trasparenza.

L'azione di cui all'art. 1469 sexies infatti è prevista per inibire "l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente capo", senza alcuna limitazione: incluso quindi il difetto di chiarezza e comprensibilità (anticamera, secondo l'id quod plerumque accidit, di applicazioni vessatorie). Il precetto di cui all'art. 1469 quater, primo comma, non può esser letto separatamente dalla disciplina complessiva, né tanto meno sterilizzato al rango di lex imperfecta.

È la stessa evoluzione testuale di questa norma a dimostrarlo. L'inutilizzabilità, in sede di azione inibitoria generale, della regola di interpretazione contro l'autore - che è il correttivo ermeneutico contestualmente delineato all'art. 1469 quater per le clausole ambigue, precostituite dal professionista - era espressamente prevista dalla direttiva 93/13 CEE del 5 aprile 1993 :...**"questa regola di interpretazione non è applicabile nell'ambito delle procedure previste all'articolo 7, paragrafo 2"**. E cioè, proprio nell'ambito delle azioni inibitorie generali: lasciando quindi intendere che il requisito della trasparenza dovesse far parte del loro oggetto (art. 7: **"Gli stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori. I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo..."**).

Che l'omissione nella legge italiana non fosse dovuta a consapevole modifica è dimostrato dall'inserimento successivo del terzo comma dell'art. 1469 quater con la legge comunitaria (21 Dicembre) 1999 (n.526) art. 25, secondo comma (**"La disposizione di cui al secondo comma non si applica nei casi di cui all'art.1469-sexies"**). L'emendamento è tanto più significativo, in quanto giunto al termine di un serrato contraddittorio tra la Commissione europea - che con parere motivato del 18 dicembre 1998 aveva denunciato il non corretto recepimento della direttiva 93/13 - e il governo italiano. Uno dei punti controversi riguardava proprio il fatto che per potere intentare l'azione inibitoria avverso clausole contrattuali non redatte in modo chiaro e comprensibile, al fine di ottenerne l'eliminazione, era necessario il recepimento, secondo la Commissione, dell'ultima proposizione dell'articolo 5 della direttiva (**"... questa regola di interpretazione non è applicabile nell'ambito delle procedure previste dall'articolo 7, paragrafo 2"**).

Confermata l'ammissibilità dell'azione inibitoria delle clausole oscure o ambigue, si deve ribadire che anche in questo caso la valutazione giudiziale ex art. 1469 sexies va fatta in base a parametri esclusivamente formali ed astratti. Altro è infatti l'azione inibitoria generale e altro il giudizio individuale. Il quale, come potrebbe salvare clausole "prima facie" abusive, se risulti, ad esempio, che siano state oggetto di trattativa individuale (art. 1469 ter, quarto comma), così potrebbe sanare l'apparente oscurità della clausola con il ricorso ai consueti criteri legali d'esegesi (art. 1362 e segg. c.c.)

6) IL CANONE DI BUONA FEDE

La Banca Popolare di Milano critica anche (atto d'appello, pag. 29) il rilievo dato dal tribunale al solo accertamento del significativo squilibrio dei diritti degli obblighi a carico del consumatore; restando irrilevante, in sede decisoria, l'accertamento della contrarietà della clausola alla buona fede oggettiva. Ad avviso dell'appellante l'articolo 1469 bis con la locuzione "**malgrado la buona fede**" intende affiancare al requisito oggettivo del significativo squilibrio anche quello della violazione della regola di correttezza (buona fede oggettiva). Sarebbe quindi configurato un concorso di presupposti, e il difetto dell'uno o dell'altro precluderebbe la sanzione d'inefficacia.

Quest'interpretazione non può essere condivisa.

Essa urta, già "prima facie", con il significato lessicale delle parole, che costituisce il parametro fondamentale dell'interpretazione della legge (art. 12, dispo. sulla legge in generale). In particolare, la preposizione, "malgrado" ha, dal punto di vista grammaticale, valore avversativo o concessivo.

In concreto, "malgrado la buona fede" significa "nonostante la buona fede"; "pur sussistendo la buona fede": e cioè, che la buona fede soggettiva non esime dalla sanzione legata all'elemento oggettivo del significativo squilibrio contrattuale, che resta dunque l'elemento decisivo della fattispecie. Non possono quindi essere condivisi tentativi di forzatura del dato letterale, mediante il recupero della buona fede oggettiva, la cui violazione verrebbe elevata ad ulteriore elemento essenziale della fattispecie, concorrente con il significativo squilibrio. Requisito probabilmente presente nella direttiva comunitaria, come sembra desumersi dalla versione inglese, ("contrary to the requirement of good faith"), francese (en dépit de l'existence de bonne foi) e tedesca ("entgegen dem Gebot von Treu und Glauben").

Resta il fatto che, nel contesto dell'art. 1469 bis, la locuzione in esame sta a significare che la declaratoria di abusività può essere effettuata anche in presenza di buona fede; e che questa quindi non è neppure un criterio per l'accertamento del significativo squilibrio.

7) CASSETTE DI SICUREZZA

Viene ora all'esame il motivo riguardante la ritenuta vessatorietà delle clausole riguardanti il servizio delle cassette di sicurezza. La prima di esse recita: "*Nel caso in cui, per qualsiasi ragione, la banca fosse tenuta ad un risarcimento verso l'utente, essa non lo rimborserà che del danno comprovato ed obiettivo, escluso ogni apprezzamento del valore di affezione e tenuto conto di quanto disposto all'articolo 2.*"

La clausola richiamata dispone a sua volta: "*L'utente è tenuto a dichiarare il massimale assicurativo adeguato a coprire il rischio della banca medesima per il risarcimento dei danni che dovessero eventualmente derivare all'utente dalla sottrazione, dal danneggiamento o dalla distruzione delle cose contenute nella cassetta*"

Le clausole sono completate con la previsione della seguente dichiarazione integrativa: "*prendo atto che avrete titolo per chiederci il risarcimento di eventuali danni da voi subiti in*

conseguenza della mancata corrispondenza del massimale da me indicato all'effettivo valore delle cose contenute a cassetta".

Ha osservato il tribunale come tali clausole siano innanzitutto viziate da scarsa chiarezza e trasparenza, per l'apparente contrasto fra la misura del risarcimento del danno (comprovato ed obiettivo) ed il riferimento alla dichiarazione del cliente in ordine al massimale assicurato, ex art. 2.

Oltre a ciò, le clausole sarebbero illegittime perché volte a realizzare una limitazione convenzionale della responsabilità della banca nei confronti del consumatore, nell'ambito di un contratto di deposito in cassette di sicurezza cui è estraneo il collegamento tra il corrispettivo e il rischio assunto dalla banca. In altri termini, la possibilità della condanna al risarcimento dei danni a carico del cassetista, ex post, comporterebbe un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi contrattuali (cfr. sent. pag. 34).

Ad avviso delle appellanti, la richiesta di indicare, in via preventiva, il valore massimo dei beni collocati nel loculo si giustifica in un'ottica di collaborazione secondo buona fede; la cui violazione può comportare, a loro carico, un risarcimento elevatissimo, privo di idonea copertura assicurativa. Ribadiscono inoltre che il riferimento allo schema tipico del contratto non è decisivo, perché le parti possono, nell'esercizio dell'autonomia negoziale, e anche mediante un contratto per adesione, pattuirne modifiche (art. 1322).

Il motivo è infondato.

Occorre premettere, che non è chiaro se con la clausola indicata le banche intendano negare il risarcimento ai cassetisti che abbiano subito una perdita di valori eccedente il limite dichiarato in contratto, o se si riservino una facoltà di rivalsa dopo l'eventuale condanna al risarcimento (cfr. atto d'appello ABI, pag. 37: *"pertanto qualora il cassetista ometta di agire secondo buona fede... non potrà poi pretendere il risarcimento del danno subito"*).

In entrambi i casi, la clausola tende, scopertamente, all'elusione dell'art. 1229 cod. civ., che costituisce il fondamento normativo della giurisprudenza di legittimità e di merito in tema di superabilità del massimale per eventi dannosi imputabili (a dolo o) colpa grave degli istituti (giurisprudenza consolidata: cfr. da ultimo, Cass. 10-9-1999, n. 9640; Cass. 10-2-1998, n.1355 ; Cass. 24-1-1997, n. 750). Nessun dubbio si pone infatti circa l'operatività della esenzione o limitazione convenzionale di responsabilità in caso di ordinaria inadempimento contrattuale, o "a fortiori", di caso fortuito o forza maggiore. Ma quando la perdita sia dovuta a colpa grave della banca... tenuta alla custodia, e questa sia accertata in giudizio in modo rigoroso, scatta la sanzione d'invalidità ed il risarcimento è dovuto per intero.

A questo punto, non può il debitore aggirarla con una traslazione, di ritorno, del danno sul cassetista, invocando quella stessa violazione di buona fede, "in contrahendo", divenuta irrilevante a fronte della propria assorbente responsabilità. Semmai, se un rilievo si può muovere alla sentenza del tribunale, peraltro di mera natura teorica, è che al di là e prima della vessatorietà - pur evidente - vi è una palese nullità della clausola "contra legem": come puntualmente statuito dalla Suprema Corte, che ha ravvisato un

concorrente vizio di nullità-inefficacia nella clausola di limitazione della responsabilità - di cui quella in esame costituisce mera variazione mimetica ex art. 1229 e 1469 bis e segg. c.c. (Cass. 4 aprile 2001, n. 4946).

Non senza aggiungere che il preteso danno ingiusto, dipendente dall'infedele dichiarazione preventiva di valore da parte dei cassettisti, può essere agevolmente prevenuto mediante un'adeguata copertura assicurativa che prescindendo dalla predetta dichiarazione, costituendo un ordinario costo generale di impresa, redistribuibile tra gli utenti quale componente generale del corrispettivo.

8) APERTURA DI CREDITO - RECESSO

Viene ora all'esame la clausola n. 31, contenuta nella domanda di concessione di fido, in cui il cliente dichiara di accettare, tra l'altro, la "*facoltà della banca di revocare in qualsiasi momento la concessione, con conseguente immediata sospensione dell'utilizzo e con il diritto di pretendere l'immediato rimborso di quanto dovuto per capitale, interessi e spese*".

Il significativo squilibrio insito, secondo il tribunale nella facoltà di recesso "ad nutum" del professionista, e cioè senza giustificato motivo (sent. pag 24), è contestata giacché la concessione di fido non sarebbe un contratto a tempo indeterminato, bensì un mutuo, dal quale sorgerebbe esclusivamente l'obbligo restitutorio del cliente (cfr. atto d'appello BPM, pag. 57).

Il motivo è infondato.

Si osserva preliminarmente come la sentenza abbia limitato il giudizio di vessatorietà al contratto stipulato dal consumatore, contrariamente a quanto censurato dall'appellante (cfr. sent., pag. 24).

Nel merito, l'equiparazione dell'apertura di credito a un mutuo non regge "in parte qua", nonostante la comune causa di credito, perché nella prima il cliente non riceve subito la somma, secondo la struttura reale comunemente riconosciuta al mutuo; né diventa quindi debitore per la restituzione, con possibilità del creditore di esigerla alla scadenza del termine dilatorio (art. 1816, 1817). Al contrario egli è creditore fino all'ammontare determinato e tale rimane in caso di utilizzazione parziale, per il residuo, fino a che la banca non revochi il fido. Pertanto non è in discussione alcun obbligo restitutorio immediatamente esigibile e il recesso è vera e propria revoca di un credito già concesso; che diventa espressione vessatoria di un potere unilaterale ove non sia assistita da un giustificato motivo. Tra l'altro, che i versamenti del cliente non siano veri pagamenti, in costanza di fido, bensì ricostituzione della provvista, è tesi da sempre sostenuta proprio dalle banche, e recepita da tempo in giurisprudenza, per evitare l'effetto moltiplicativo delle revocatorie fallimentari (articolo 67 legge fallimentare: Cass. 5 Dicembre 1996, n. 10848; Cass. 3 Gennaio 1996, n. 12)

Clausola n. 48 - articolo 8, comma secondo, delle norme FIDEURAM sulla prestazione dei

servizi bancari e finanziari : "...Qualora il cliente sia un consumatore ai sensi del secondo comma dell'art. 1469 bis cod. civ. ... per il recesso, la riduzione o la sospensione dell'apertura di credito a tempo indeterminato dovrà essere dato preavviso non inferiore a due giorni, salvo che ricorra un giustificato motivo; in tutti i casi dovrà essere data immediata comunicazione al consumatore".

Premesso che è legittimo il recesso ai sensi dell'art. 1469 bis, comma 4, n. 1, in presenza di un giustificato motivo, (ma in tal caso in realtà si è fuori dell'ipotesi di recesso meramente potestativo), è stata giudicata vessatoria la previsione di un termine di due giorni, perché eccessivamente ristretto per l'ipotesi di recesso ad nutum (cfr. sent., pag. 25).

Deduce la Banca Fideuram che il termine di riferimento più ampio, di quindici giorni, previsto all'art. 1845, terzo comma, richiamato in sentenza ha solo natura residuale, in assenza di clausola contrattuale o di usi difformi (cfr. atto d'appello, pag. 44).

La censura è infondata.

È vero che la norma citata fa salva la previsione contrattuale e il termini d'uso. Ma l'indicazione di legge (15 giorni) è indicativa di un bilanciamento oggettivo delle opposte esigenze in un normale rapporto contrattuale a tempo indeterminato e non è quindi privo di valore di principio quando non sussistano esigenze concrete di tipo diverso.

Queste sono assenti, o comunque non specificate nelle condizioni generali in esame: e, come detto, la compressione unilaterale dell'interesse del cliente ad un congruo termine dilatorio - tanto più necessario quando si tratti di rapporti di credito di ingente valore - configura un significativo squilibrio, senza vantaggi compensativi e senza negoziazione.

Tanto meno sarebbe pertinente il riferimento agli usi.

Vale, in materia, la dimostrazione persuasiva offerta dalla Suprema Corte in tema di anatocismo: gli usi consolidati lungi dall'essere normativi, e cioè consuetudine obiettiva, fonte terziaria di diritto (art. 1 disp. sulla legge in generale) perché assistita dalla diffusa convinzione della loro doverosità (nel che è anche implicito un giudizio positivo di equità), sono solo creazione unilaterale, e dunque eteronoma per il consumatore, di clausole inserite indefettibilmente dal loro autore e senza negoziato alcuno.

Con ulteriore motivo tutte le appellanti censurano il giudizio di vessatorietà relativo all'articolo 7, sesto comma, delle condizioni generali BPM disciplinante il recesso ("*salvo diverso accordo, e fermo restando quanto disposto dall'articolo precedente per l'ipotesi di apertura di credito o di sovvenzione, ad ognuna delle parti è sempre riservato il diritto di esigere l'immediato pagamento di tutto quanto sia comunque dovuto, nonché di recedere in qualsiasi momento, con il preavviso di un giorno, dal contratto di conto corrente e dalla inerente convenzione di assegno*").

Ad avviso del tribunale la clausola sarebbe equivoca e poco trasparente nella "relatio" alla disciplina dell'apertura di credito prevista all'articolo precedente.

Il motivo è fondato.

Tra le due clausole in questione sussiste rapporto di concorso apparente: nel senso che il recesso nel rapporto di conto corrente non assistito da apertura di credito è disciplinato, "in parte qua", esclusivamente all'articolo 7; e la locuzione incidentale serve solo a distinguere l'ipotesi speciale di coesistenza dei contratti. Inoltre, appare giusto il rilievo dell'Associazione bancaria che il conto corrente semplice presuppone, naturalmente pur se non necessariamente, un credito del correntista: cosicché il recesso "ad nutum" è sostanzialmente previsto nel suo esclusivo interesse.

La ristrettezza del termine è superata dalla bilateralità del diritto, senza particolari conseguenze sfavorevoli, in assenza di un obbligo di rientro.

Le eccezioni atipiche consistenti in uno sconfinamento consentito (cd. fido di fatto) - qualora non rientrino in una vera e propria apertura di credito per fatti concludenti - non giustificano un giudizio di vessatorietà della clausola destinata a disciplinare la fattispecie negoziale ordinaria.

9) CUSTODIA ASSEGNI

La Banca Popolare e la banca Fideuram impugnano la dichiarazione di vessatorietà dell'articolo 3, comma 2, delle norme per i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi:

"il correntista è tenuto a custodire con ogni cura i moduli di assegni e i relativi moduli di richiesta, restando responsabile di ogni dannosa conseguenza che potesse risultare dalla perdita, dalla sottrazione o dall'uso abusivo od illecito dei moduli stessi, della cui perdita o sottrazione deve dare comunicazione alla banca" (cfr. atto d'appello BPM, pag. 31; atto d'appello Fideuram, pag. 58).

Tale clausola è stata ritenuta viziata con riferimento all'articolo 1469 bis perché ricollega la responsabilità della banca all'adempimento dell'onere del cliente di comunicare la perdita o sottrazione; con l'effetto di limitarla se le conseguenze dannose siano ad essa imputabili. Inoltre la clausola non è trasparente perché prescriverebbe l'immediata denuncia della perdita, lasciando libera la banca di determinare il tempo utile entro il quale la comunicazione è tempestiva ed efficace (cfr. sent, pag. 38).

Deduce la Banca Popolare che l'aggettivo "immediata" riferito alla comunicazione non esiste nella clausola, onde viene a cadere la parte di motivazione fondata sulla presunta poca trasparenza dell'aggettivo.

La censura è infondata.

In effetti il Tribunale trascrive la clausola aggiungendovi un'aggettivazione che non figura nel testo delle condizioni generali. Non per questo va riformata la sentenza, il cui nucleo centrale non risiede in tale rilievo, quanto piuttosto nella larvata esenzione da responsabilità della banca, anche per fatto proprio, nel caso di perdita o sottrazione di cui non le sia stata data comunicazione.

Tale statuizione resta valida.

È certamente vero, che nel rapporto negoziale in esame l'obbligo di custodire con cura i moduli di assegno e di denunziarne lo smarrimento alla controparte sia riconducibile al dovere generale di correttezza e di collaborazione, immanente al sistema. Ciò che invece appare vessatorio è la traslazione del rischio e della responsabilità per ogni conseguenza dannosa che possa risultare dalla perdita, o sottrazione, e dall'uso abusivo dei moduli.

Tale proposizione, al di là delle argomentazioni difensive alla banca, può essere in modo agevole interpretata - e tale sembra essere, oggettivamente, anche la volontà della parte predisponente - come un regolamento convenzionale del regime di responsabilità da inadempimento del contratto: configurante come titolo di responsabilità, se non esclusiva, certo concorrente (articolo 1227 cod. civ.), un antecedente remoto - qual è la perdita dei moduli - dell'illecito commesso da terzi mediante il loro uso. Non si deve trascurare, al riguardo, che anche questa clausola si cala nella realtà effettuale di una casistica giurisprudenziale, ove la responsabilità viene ascritta alla banca ogni volta che la contraffazione dell'assegno sia riconoscibile con l'ordinaria diligenza qualificata (art. 1176, secondo comma). Orbene proprio tale principio consolidato è suscettibile di elusione con la clausola in questione, nella parte in cui assegna, in via preventiva, rilevanza contrattuale, e perciò presunta, ad un fatto anteriore come la perdita non comunicata dell'assegno, che può avere, e normalmente ha, un'incidenza causale del tutto secondaria.

Né vale dire che in questi casi sarà il giudice ad escludere il concorso di colpa del correntista. Resta il rilievo che la clausola, così prefigurata, tende a trasferire su quest'ultimo la responsabilità per danni successivi, senza menzione alcuna del comportamento della banca: in tal modo risolvendosi in una clausola di esonero da responsabilità dissimulata, produttiva di significativo squilibrio dei rispettivi diritti ed obblighi.

10) COMPENSAZIONE

La BPM e la FIDEURAM censurano la pronuncia di vessatorietà (sent. tribunale, pag. 53) dell'art. 5, commi 3 e 4 delle norme per i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi:

"Al verificarsi di una delle ipotesi di cui all'art. 1186, o al prodursi di eventi che incidano negativamente sulla posizione patrimoniale, finanziaria od economica del correntista in modo tale da porre in pericolo il recupero del credito vantato banca, quest'ultima ha altresì il diritto di valersi della compensazione ancorché i crediti, seppure in monete differenti, non siano liquidi ed esigibili e ciò in qualunque momento senza obbligo di preavviso e/o formalità fermo restando che dell'intervenuta compensazione - contro la cui attuazione non potrà in nessun caso eccepirsi la convenzione di assegno - la banca darà prontamente comunicazione al correntista. Se il conto è intestato a più persone, la banca ha facoltà di valersi dei diritti suddetti sino a concorrenza dell'intero credito risultante dal saldo del conto, anche nei confronti di conti e di rapporti di pertinenza di alcuni soltanto cointestatari"

Deduce, in particolare, la BPM che non esiste alcun principio a mente del quale la deroga

al diritto dispositivo comporti vessatorietà (atto d'app., pag. 35).

Questo argomento, ripetitivo nelle difese delle appellanti, contiene un'ovvietà; ma non è di alcun peso nella soluzione del problema.

È chiaro infatti che solo norme dispositive possono essere derogate da clausole negoziali; che altrimenti sarebbero nulle ex art. 1418 c.c. Pertanto la natura non imperativa della disciplina legale convenzionalmente disapplicata è un presupposto necessario per il sindacato di vessatorietà.

Ciò premesso, in sede concettuale, occorre verificare se la clausola in esame comporti un significativo squilibrio. Al riguardo, è certamente esatto che la compensazione è ammessa in termini latissimi dalla legge, financo in via preventiva (art. 1252 cod. civ.).

Senonché essa presuppone una tipizzazione concordata delle fattispecie legittimanti; senza la quale si determina una remissione alla valutazione del tutto discrezionale della parte beneficiaria ("merum arbitrium"), avulsa da alcun previo accertamento giudiziale, e per di più senz'obbligo di preavviso al cliente. Ciò che può comportare gravi conseguenze in danno di quest'ultimo, ad esempio in caso di emissione di assegni, senza provvista. In sostanza, si tratta di una forma di autotutela pressoché illimitata e senza filtri preventivi - né responsabilità conseguenti - che espone il correntista all'alea immanente dell'estinzione di propri crediti per effetto di compensazione perfino con controcrediti illiquidi (non esclusi, in teoria, pretesi danni da illecito aquiliano) e inesigibili vantati dalla banca. Non senza aggiungere che ancor più significativo è lo squilibrio determinato dall'ultimo alinea della clausola, che, nella sua formulazione alquanto oscura, sembra infirmare addirittura la presunzione di pari contitolarità delle somme depositate, consentendo la compensazione per l'intero ammontare del saldo del conto nei confronti di alcuni soltanto dei cointestatari.

Siffatta alterazione così vistosa e unidirezionale del regime legale della compensazione legale, senza il minimo vantaggio compensativo per il consumatore, costituisce un caso di scuola di vessatorietà ex art. 1469 bis e segg. c.c., da null'altro dettata che dal preponderante potere paranormativo della parte contraente forte, "quia nominor leo".

11) ANATOCISMO

Viene ora all'esame la censura riguardante la clausola cosiddetta di anatocismo (art. 7, commi 2 e 3, norme per i conti correnti per corrispondenza e servizi connessi: cfr. atto d'appello BPM, pag. 37; atto d'appello Fideuram, pag.76), in forza della quale

"I conti che risultino anche saltuariamente debitori vengono chiusi contabilmente con periodicità trimestrale... fermo restando che a fine d'anno, a norma del precedente comma saranno accreditati gli interessi dovuti dalla banca e operate le ritenute fiscali di legge. Gli interessi - in misura fissa o indicizzata - sono riconosciuti al correntista o dallo stesso corrisposti nella misura pattuita ed indicata nella lettera integrativa allegata e producono a loro volta interessi nella stessa misura. Qualora l'interesse sia indicizzato, la modifica sfavorevole al correntista derivante dalla modifica del parametro pattuito, non è soggetta all'obbligo di comunicazione al cliente, ai sensi del

successivo art. 16".

La statuizione di vessatorietà del tribunale poggia su una duplice "ratio decidendi": in via principale, sulla asimmetria temporale nella capitalizzazione degli interessi (annuale per quelli attivi, trimestrale per quelli passivi del cliente) e, in via graduata, per difetto di trasparenza, trattandosi di condizione generale la cui reale funzione di determinazione del prezzo sarebbe dissimulata da una formulazione equivoca, anche in contrasto con le prescrizioni di cui all'articolo 117, commi 4 e 6, del decreto legislativo 385/1993. (cfr. sentenza, pagg. 47-50).

Deducono, per contro, le appellanti che la clausola è perfettamente intelligibile e che non si potrebbe neppure trarre argomento per la sua vessatorietà dallo ius supervenieris, che ne ha, all'opposto, consentito la perdurante validità ed efficacia per i rapporti in corso (art. 25 decreto legislativo 4 agosto 1999 n. 342; deliberazione CICR 9 febbraio 2000, attuativo della predetta norma).

Il motivo è infondato.

Che la clausola in questione introduca un significativo squilibrio emerge all'evidenza dalla più recente evoluzione giurisprudenziale e soprattutto normativa, alla quale si può perfino attribuire valore di interpretazione autentica, "in parte qua", del principio di tutela dei consumatori affermato nella direttiva comunitaria 5-4-1993, n. 13 e poi nella legge citata.

È sufficiente notare come la maturazione degli interessi, specularmente remunerativi di un credito hinc et inde vantato nell'ambito del medesimo rapporto negoziale, risulti notevolmente diversa a seconda che beneficiaria ne sia la banca o il cliente: con una diversità di parametro, nonostante l'identità dell'oggetto, creativa di un significativo squilibrio, a divaricazione crescente per effetto della capitalizzazione sfalsata nel tempo. Che una sperequazione tanto vistosa sia perdurata per decenni è la prova empirica più eloquente dell'oggettiva impossibilità di negoziare la clausola da parte del ceto dei consumatori; oltre che dell'assenza di parametri normativi di sindacato: a parte il divieto di cui all'art. 1283, ritenuto a lungo inapplicabile in presenza di un uso normativo legittimante.

Venuto meno, come uno dei tanti "idola tribus", questo fondamento, in virtù di una rivisitazione critica della Suprema Corte, rapidamente consolidatasi (Cass. 16-3-1999, n. 2374; Cass. 30-3-1999, n. 3096; Cass. 1111-1999, n. 12507) - che ha dimostrato l'inesistenza della sempre allegata "opinio iuris seu necessitatis" di una regolamentazione di esclusiva matrice unilaterale, accettata per adesione (art. 1341, 1342 c.c.) - si è aperta la strada anche al controllo di vessatorietà, che ben può concorrere con quello di validità (Cass. 4 Aprile 2001, n. 4946).

Sembra quindi esercizio davvero impossibile di ortopedia trarre argomento, per la validità della predetta clausola, dalla legislazione citata, che, evidentemente su impulso della giurisprudenza testé citata, è intervenuta per disciplinare sul punto la materia, modificando addirittura il Testo unico delle leggi in materia bancaria creditizia. Il decreto

legislativo 4 agosto 1999 n. 342 stabilisce infatti a chiare lettere la stessa periodicità nel conteggio degli interessi, sia debitori sia creditori (art. 25). Che essa sia prescritta per l'avvenire può essere consentaneo ad un atto normativo di carattere generale e astratto, per il quale la retroattività è un'eccezione.

In ogni caso, la norma è stata dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale (sent. 17 Ottobre 2000, n. 425) e pertanto non può essere addotta a riprova della legittimità della regolamentazione, né sotto il profilo del contrasto con l'art. 1283 c.c., né tanto meno del giudizio di vessatorietà.

È invece fondata la doglianza dell'ABI (atto d'appello, pag. 38) sulla dichiarazione di vessatorietà della nota al terzo comma dell'art. 7 delle condizioni generali ed. 1995. Non si tratta infatti di una clausola negoziale bensì di un chiarimento esplicativo, insuscettibile d'inserzione in contratti.

12) INDICIZZAZIONE

Art. 7, comma 3 norme per i conti correnti per corrispondenza e servizi connessi: *"Qualora l'interesse sia indicizzato, la modifica sfavorevole al correntista derivante dalla modifica del parametro pattuito non è soggetta all'obbligo di comunicazione al cliente"*.

Secondo la Banca Popolare (cfr. atto d'appello, pag. 44) il Tribunale, nel sanzionarne la vessatorietà, avrebbe configurato un dovere positivo dell'impresa di introdurre una clausola contenente l'obbligo di comunicazione: in questo modo, ledendo inammissibilmente l'autonomia negoziale.

La censura è infondata.

Innanzitutto non è vero che la sentenza abbia prescritto un obbligo di fare, così sopperendo ad un vuoto contrattuale. Ciò che, è venuta all'esame al contrario è una clausola esimente precostituita (*"la modifica... non è soggetta all'obbligo di comunicazione..."*), la quale deroga al generale obbligo di informazione previsto per ogni modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, a pena d'inefficacia (art. 118 decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 - Testo unico del regime in materia bancaria creditizia). È vero che la modifica del tasso d'interesse indicizzato anche senza giustificato motivo (che peraltro è "in re ipsa" nella variazione dell'indice di riferimento) è consentita dalla stessa disciplina in tema di clausole abusive (articolo 1469 bis, ultimo comma): e difatti, la legittimità è data pianamente per incontestata in sentenza (pag. 39).

Ma, cosa diversa è la dispensa dall'obbligo accessorio di informazione, che crea uno squilibrio in quella che è la condizione preliminare perché vi sia (relativa) parità di posizioni, e cioè la conoscenza dei dati rilevanti in sede contrattuale. Conoscenza, che è immediata per la banca e inevitabilmente ritardata per il cliente, che non ha, neppure alla lontana, gli stessi mezzi di accesso alle informazioni: con possibili ricadute negative per la valutazione della convenienza ad esempio, della prosecuzione del rapporto, invece che dell'esercizio del recesso.

Pretendere quindi un onere di aggiornamento informativo di questa portata dal comune consumatore significa porgergli a carico gli stessi doveri del professionista, ma con ben maggiori difficoltà.

13) RESPONSABILITÀ DEI BENI PERSONALI DEI CONIUGI

Art. 13, terzo comma, norme per conti correnti di corrispondenza e servizi connessi: "*In deroga all'art. 190 cod. civ. la banca è espressamente autorizzata ad agire in via principale anziché sussidiaria e per l'intero suo credito sui beni personali di ciascuno dei coniugi cointestatari*". La sentenza impugnata ha qualificato vessatoria la clausola, perché derogativa alla previsione legale di responsabilità solo sussidiaria, in mancanza di negoziazione.

Assumono invece la BPM (cfr. atto d'appello, pag. 47) e la banca Fideuram (cfr. atto d'appello, pag. 83) che essa identifica una garanzia e pertanto è fuori della fattispecie di cui all'art. 1469 bis c.c..

Ancora una volta viene invocato il principio per cui la deroga a una disposizione di legge non imperativa non è automaticamente vessatoria.

Si è già chiarito come l'affermazione, in sé esatta, non sia risolutiva. Tenuto presente che la disciplina legale è già un punto di bilanciamento delle opposte esigenze dei contraenti realizzando un equo contemperamento degli interessi in giuoco, la modifica negoziale che lo alteri in favore della parte autrice della deroga pattizia, in tanto è consentita, in quanto non sia frutto di imposizione unilaterale, dovuta a preponderante forza contrattuale, e sia invece specificamente negoziata o compensata con vantaggi corrispettivi.

Nulla del genere è ravvisabile nella specie, in cui la regola di parziale salvaguardia dei beni personali dei coniugi in regime di comunione è semplicemente derogata in favore della banca; con un significativo squilibrio in danno dei consumatori per effetto dell'ampliamento della loro responsabilità patrimoniale.

14) MODIFICHE DELLE CONDIZIONI GENERALI

Art. 16 delle norme per i conti correnti per corrispondenza e servizi connessi:

"La banca si riserva la facoltà di modificare le presenti norme nel caso in cui si rendesse necessario adeguarle a nuove disposizioni di legge ovvero proprie necessità organizzative. Le comunicazioni relative saranno validamente fatte dalla banca mediante lettera semplice all'ultimo indirizzo indicato dal correntista ed entreranno in vigore con la decorrenza indicata in tale comunicazione fermo restando la possibilità da parte del correntista di recedere dal contratto entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione. La banca si riserva la facoltà di modificare le condizioni economiche applicate ai rapporti regolati in conto corrente, rispettando, in caso di variazioni in senso sfavorevole al correntista, le prescrizioni del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 e delle relative disposizioni di attuazione".

Sostanzialmente affine l'art. 10 delle norme Fidemam sulla prestazione dei servizi bancari e finanziari .

Deduce la BPM (cfr. atto d'appello, pag. 48) che è infondata la censura di vessatorietà nella parte in cui la clausola prevede la modifica delle condizioni del contratto senza un giustificato motivo, come richiesto dall'art. 1469 bis, quarto comma, n. 2; e ciò sul presupposto che esso sarebbe appunto costituito dalla modificazione di legge o da proprie esigenze organizzative.

Il motivo è infondato.

Ciò che la norma vuole prevenire è la modifica meramente potestativa, "ad libitum" della banca. Senza dubbio il richiamo alle modifiche di legge è ragione sufficiente ed idonea per legittimare la variazione. Ma non così le esigenze organizzative, che sono formula vaga e sostanzialmente rimessa all'unilaterale determinazione della banca. Si aggiunga che in materia contrattuale è eccezionale la rilevanza delle condizioni personali del contraente nello svolgimento del rapporto.

L'obiezione che il giustificato motivo è elemento non meno vago delle "esigenze organizzative" ancora una volta si risolve in una petizione di principio. È chiaro che nel giudizio individuale il giudice avrà sempre la facoltà di accertare la legittimità dello "ius variandi" in relazione alla fattispecie concreta. Ma l'argomento prova troppo se porta ad escludere, in radice, la possibilità stessa di una disamina preventiva in sede di azione inibitoria. L'atipicità assoluta delle esigenze organizzative, inserite, senz'alcuna esemplificazione, come parametro giustificativo, presuntivamente legittime, è di fatto assai difficilmente sindacabili, le variazioni unilateralmente deliberate. S'introduce così un elemento di discrezionalità unilaterale nella gestione del rapporto che indubbiamente comporta un significativo squilibrio sinallagmatico, in danno del consumatore, che nulla del genere potrà mai opporre in proprio favore.

Pure infondato è il motivo riguardante il diritto di modificare le condizioni contrattuali economiche.

È vero che l'articolo 118 del Testo unico in materia bancaria e creditizia lo prevede senza limiti diversi dalla pattuizione preventiva. Tuttavia la previsione va integrata con la (successiva) disciplina in tema di clausole vessatorie, ancora una volta ammissiva del diritto di variare le condizioni economiche in presenza di un giustificato motivo, che dalla clausola in questione) del tutto espunto.

15) ESECUZIONE DEL MANDATO

Art. 18, comma 2, norme per i conti correnti di corrispondenza e per i servizi connessi (cfr. atto d'appello BPM, pag 51):

"In assenza di particolari istruzioni del correntista, le modalità di esecuzione degli incarichi assunti sono determinate dalla banca tenendo conto della natura degli stessi e delle procedure più idonee nell'ambito della propria organizzazione" . Sostanzialmente affine l'art. 18, comma secondo, delle norme Fideuram (cfr. atto d'appello , pag. 58)

Deducano le appellanti che la clausola non è né vessatoria né di equivoca formulazione

come ritenuto dal tribunale (cfr. sentenza, pag. 30).

La censura è fondata.

La clausola in esame ha natura suppletiva, giacché disciplina il solo caso in cui il correntista non abbia fornito alla banca particolari istruzioni per l'esecuzione del mandato. In questo senso, la mandataria conserva una discrezionalità tecnica, che è anche fonte di responsabilità, per il miglior assolvimento dell'incarico. Il riferimento alla natura dello stesso è addirittura ovvio. Quello alle procedure più idonee nell'ambito d'organizzazione bancaria non può essere considerato una limitazione della responsabilità quanto piuttosto un richiamo, perfino superfluo, alla discrezionalità tecnica nella scelta delle modalità più adeguate per la buona esecuzione. Al riguardo, si deve porre mente al fatto che perfino nell'ipotesi di mandato rigido, il mandatario professionalmente qualificato non è esonerato da un vero e proprio obbligo di valutare se l'interesse del cliente (che non sia stato possibile contattare preventivamente) non debba essere perseguito mediante modalità difformi dalle direttive impartite, in considerazione di nuove e eccezionali circostanze emerse (articolo 1711, secondo comma: Cass. 11 Dicembre 1995, n. 12647).

Sempre in tema di mandato, viene ora all'esame il motivo concemente la pronuncia di vessatorietà dell'art. 1, comma 4, delle norme relative ai contratti di negoziazione, sottoscrizione, collocamento e raccolta ordini concernenti valori mobiliari (cfr. atto d'appello BPM, pag. 54; atto d'appello banca Fideuram, pag. 52):

"È in facoltà della banca non eseguire l'ordine conferito dal cliente, dandone immediata comunicazione al cliente stesso".

Secondo la sentenza la clausola affiderebbe all'unilaterale volontà della banca l'adempimento dell'obbligo derivante dal contratto (pag. 31,32).

Deduce, per contro, la Banca Popolare che nessun obbligo sussisterebbe prima dell'accettazione del singolo ordine.

La censura è fondata.

La condizione generale in esame, la cui reale portata dispositiva è più apparente che reale, sembra trarre origine dalla norma di cui all'art. 6, legge 2 gennaio 1991, 1, sulla disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare, che prevede che gli intermediari mobiliari, tra cui le banche, **"...devono stabilire i rapporti con il cliente stipulando un contratto scritto nel quale siano indicati la natura dei servizi forniti, le modalità di svolgimento dei servizi stessi e l'entità e i criteri di calcolo della loro remunerazione, nonché le altre condizioni particolari convenute con il cliente..."**.

Il contratto scritto di cui sopra, nel suo contenuto minimo, appare volto alla regolamentazione del successivo svolgimento del rapporto con il cliente, ma non all'assunzione immediata di obblighi di prestazione. La fonte di questi ultimi sarà costituita, infatti, solo dallo specifico ordine, inquadrabile nella figura del mandato, con il

quale il cliente incaricherà di realizzare per suo conto sul mercato una determinata operazione. Si tratta quindi di un contratto quadro o contratto-cornice (analogo allo stesso contratto di conto corrente bancario o alla convenzione - quadro di swap), nell'ambito del quale la clausola in esame null'altro dice se non che la banca si riserva di non eseguire l'ordine singolo conferitole, dandone immediata comunicazione al cliente. Nessuno significativo squilibrio, quindi; non sussistendo neppure l'obbligo di eseguire l'ordine.

Il contratto - quadro (espressione coniata, sembra, da App Parigi 26-1-1966, Dalloz, 1966, II, 294, ricollegantesi al concetto di Grund o Rahmenvertrag elaborato dalla dottrina tedesca) - che lo si voglia, o no, assimilare al contratto normativo bilaterale - instaura tra le parti quella che la dottrina tedesca chiama una "relazione contrattuale corrente"; la quale non è generata da un contratto già foriero di prestazioni, ma funge da reticolo di base nel quale si inseriscono i singoli rapporti operativi ogni volta che siano voluti dalle parti. La sua rilevanza è piuttosto quella di mettere a fuoco gli obblighi secondari previsti dalla legge e in particolare quello di correttezza nell'ambito delle trattative (cd. contrattualizzazione degli obblighi secondari informativi: articoli 1337 e 1375 cod. civ.). Ne consegue la non vessatorietà della clausola in esame, di natura meramente preparatoria.

16) FINANZIAMENTO

Clausola n. 40, domanda di finanziamento ipotecario,

"L'operazione sarà regolata secondo le norme modalità in vigore presso la banca" (cfr. appello BPM, pag. 64)

La censura di vessatorietà (sent., pag. 43) non appare condivisibile.

Si tratta, in sostanza, di una clausola di stile, che non ha certo l'efficacia di prefigurare una disciplina autonoma, unilateralmente preconstituita ed accettata in bianco dal cliente.

Clausola n. 41, della domanda di finanziamento ipotecario, appello popolare pag. 65, sentenza pag. 35.

"Il sottoscritto autorizza irrevocabilmente la Banca Popolare di Milano al trattamento dei dati relativi sia a tutti rapporti affidamento/ finanziamento, nonché eventuali carte di credito... Acconsente altresì che a tali dati accedano... in genere i soggetti economici che ne facessero richiesta..."

L'appellante deduce che la clausola non è suscettibile di sindacato ai sensi dell'articolo 1469 bis e segg. perché non disciplinerebbe diritti ed obblighi delle parti (cfr. atto d'appello BPM, pag.65).

Il motivo è infondato.

In realtà la clausola in questione costituisce un obbligo di "pati", a carico del cliente, assai penetrante; imponendogli di consentire alla divulgazione, oltre, che al trattamento, dei dati concernenti il rapporto contrattuale corrente con la banca. Tutto ciò, senza che vi sia

alcun vantaggio compensativo al sacrificio del diritto alla riservatezza, ottenuto in via preventiva ed irrevocabile (art. 20, primo comma, lett. A) legge 31 Dicembre 1996, n. 675); in questo modo, realizzandosi uno squilibrio significativo in danno del consumatore.

17) RESPONSABILITÀ PER FATTO DI TERZI

Clausola n. 51. Art. 11, norme Fideuram sulla prestazione dei servizi bancari e finanziari: *"Le comunicazioni e gli ordini del cliente hanno corso a suo rischio, per ogni conseguenza derivante da errori, disguidi o ritardi nella trasmissione. La banca non assume alcuna responsabilità per ogni conseguenza derivante da esecuzione di ordini o di operazioni che sia causata da fatto di terzi o comunque non direttamente imputabile ai dipendenti della banca"*.

Ripete l'appellante il principio di diritto già trattato che la deroga a una norma dispositiva non è causa automatica di vessatorietà (cfr. atto d'appello, pag. 50).

Con riferimento alla clausola specifica si osserva come essa, trasferisca sui clienti il rischio di qualunque tipo di errore - e dunque, anche dell'errore ostativo essenziale e riconoscibile (art. 1433) - esimendo l'istituto da responsabilità per fatto di terzi, che non sia direttamente imputabile a suoi dipendenti. La condizione generale e quindi restrittiva ben oltre i limiti di legge, perché concerne anche i sostituti del mandatario (art. 1717) e ritaglia un regime privilegiato, escludendo financo la "culpa in eligendo"; senza trattativa preventiva (art. 1228) e senza alcun vantaggio compensativo del cliente.

Clausola n. 52 - Articolo 12, secondo comma, delle norme Fideuram sulla prestazione dei servizi bancari e finanziari

"Facoltà della banca ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 1717 cod. civ. di farsi sostituire nell'esecuzione dell'incarico da terzi".

Il motivo d'appello è fondato. Non può essere considerata vessatoria una clausola che riproduce una norma di legge (art. 1469 ter, terzo comma).

18) RECLAMI

Clausola n. 54 - articolo 15 delle norme Fideuram sulla prestazione dei servizi bancari e finanziari: *"Gli eventuali reclami in merito alle operazioni effettuate dalla banca per conto del cliente dovranno essere fatti da questo, per lettera o telegramma, appena in possesso della comunicazione di esecuzione, a seconda che l'avviso gli sia stato dato per lettera o telegramma. Trascorso il tempo ordinariamente occorrente per la ricezione della lettera o del telegramma di reclamo, l'operato della banca d'intenderà approvato"*

Ad avviso del tribunale vi sarebbe un significativo squilibrio tra il termine discrezionale

"ordinariamente occorrente") di cui gode la banca e l'immediatezza del reclamo richiesta al cliente, a pena di approvazione dell'operato.

Argomenta invece l'appellante che tale clausola rispecchia sostanzialmente il disposto

dell'articolo 1712, secondo comma cod. civ..

Il motivo è fondato

La norma citata prevede che il ritardo del mandante a rispondere, dopo aver ricevuto la comunicazione dell'esecuzione della incarico, per un tempo superiore a quello richiesto dalla natura dell'affare e degli usi, importa approvazione.

Non sembra che la previsione pattizia di un immediato reclamo deroghi ad essa, sensibilmente, in modo da provocare uno squilibrio significativo; tenuto conto che l'immediatezza del reclamo si può considerare connaturale alla natura dell'affare di cui parla la norma.

In ogni caso il "dies a quo" decorre da una comunicazione specifica e precisa, relativa ad una singola operazione; cosicché non si può sostenere che permanga una zona grigia di discrezionalità nel valutare la maggiore o minore prontezza nell'avanzare il reclamo.

19) EFFICACIA PROBATORIA

Clausola n. 56 -articolo 16, ultimo comma, delle norme Fideuram sulla prestazione dei servizi bancari e finanziari:

"Gli estratti dei libri e delle altre scritture contabili della banca fanno piena prova nei confronti del cliente".

La banca impugna il giudizio di vessatorietà, assunto che il valore di prova legale (*piena prova*", nel testo) viene acquisita solo decorso il termine di 60 giorni per la contestazione degli estratti-conto ricevuti e dunque delle operazioni ivi annotate.

Il motivo è infondato.

Premessa l'esattezza della statuizione del tribunale secondo cui la legittimità della clausola non può essere desunta dalla norma di cui all'art. 50 decreto legislativo 385/1993, che assegna alle predette scritture il solo valore di prova idonea per l'emissione del decreto ingiuntivo - superabile, poi, in sede di opposizione - si osserva come la configurazione di una prova legale, di natura convenzionale, crei un pesantissimo squilibrio in danno del consumatore, che, anche in caso d'invalidità assoluta dell'operazione annotata finirebbe, di fatto, col decadere dal diritto alla prova. A ben vedere, vi è anzi più di un motivo per ritenere il patto in questione contrario alla stessa norma di cui all'articolo 2698, in quanto il consolidamento del valore fidefacente degli estratti dei libri contabili introduce, di fatto, un termine di decadenza. La clausola in questione inoltre rappresenta un "unicum", perché altera profondamente l'ordinaria efficacia probatoria di scritture il cui regime legale è anzi tendenzialmente contrario al loro autore (art. 2709); almeno quando - è questo il caso - la controparte non sia un imprenditore, e "a fortiori" sia un semplice consumatore.

Clausola n. 66 - art. 35 delle norme Fideuram sulla prestazione dei servizi bancari e

finanziari:

"L'addebito in conto delle somme prelevate viene eseguito alla banca in 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 dell'eventuale rilascio di comunicazione scritta contestuale a ciascun prelievo".

Valgono per il rigetto dell'impugnazione le stesse considerazioni esposte in tema di prova legale per i libri e le scritture contabili.

Assume la banca Fideuram peraltro che la clausola non sarebbe più in vigore, essendo stata soppressa nel 1997. Per le considerazioni sull'efficacia delle clausole abusive (su cui v. appresso), questo argomento non è un motivo di riforma della sentenza ed importerebbe, semmai, la carenza dell'interesse ad impugnare.

20) AVVISI DI MANCATO PAGAMENTO

Clausola n. 62 - art. 27 delle norme Fideuram sulla prestazione dei servizi bancari e finanziari:

"La banca non provvede ad inviare gli avvisi di mancata accettazione o di mancato pagamento degli effetti e degli assegni, ma si limita restituire dei titoli non appena in grado. Il correntista rinuncia a detti avvisi nonché all'osservanza dei termini di cui agli art. 52 della legge sulla cambiale e 47 della legge sull'assegno, anche nei confronti degli eventuali portatori successivi"

Ad avviso della banca Fideuram (cfr- atto d'appello, pag. 73) il tribunale ha errato nell'attribuire natura discrezionale al termine per la riconsegna dei titoli e in secondo luogo nel ritenere la clausola limitativa della responsabilità.

Il motivo è infondato.

La clausola deroga a due norme di legge che pongono una presunzione di colpa, con conseguente responsabilità risarcitoria, anche se limitata nel quantum, ove la banca impieghi più di 4 giorni, se portatrice del titolo, o due giorni, se girante, a comunicare al proprio girante il mancato pagamento. Pertanto si viene a creare un regime convenzionale di prova più oneroso, rispetto a quello legale, per il correntista, che non potrà giovare del dato di fatto, facilmente accertabile, del decorso temporale: senza alcun vantaggio compensativo e nonostante che la norma, invocabile da qualsiasi portatore o girante - e quindi configurata per un soggetto non professionalmente qualificato - possa più agevolmente essere rispettata da un operatore specializzato come un istituto di credito.

21) EFFICACIA TEMPORALE DELLE CLAUSOLE VESSATORIE

Viene ora all'esame: il motivo conclusivo riguardante l'efficacia della sentenza inibitoria.

Deducono la Banca Popolare e la Banca Fideuram che il tribunale di Roma abbia illegittimamente pronunciato l'inibitoria oltre che per i contratti futuri anche per i

rapporti già in essere (cfr. sentenza, pag. 58); statuendo che la Banca Popolare dovrà ottemperare all'inibitoria rinunciando all'uso delle clausole, ovvero modificandole, nel senso di eliminare i profili di abusività. La doglianza è motivata con il carattere di condanna in futuro ad un "non fare", connaturale con il giudicato inibitorio, che per definizione non potrebbe retroagire su clausole già inserite in contratti vigenti.

Adducono altresì che sarebbe improprio il riferimento contenuto in sentenza alla disciplina transitoria, che concernerebbe invece l'inibitoria in ordine a contratti conclusi anteriormente all'entrata in vigore della legge 52/96.

Il motivo è infondato.

La tesi secondo cui l'illegittimità dichiarata in sentenza - e più in generale l'applicazione per l'avvenire dello stesso *ius superveniens* - coinvolgerebbe solo lo svolgimento futuro della clausola o del contratto impugnato, non è nuova nella casistica giurisprudenziale in materia bancaria (v. precedenti in tema di interessi usurari e di fideiussione omnibus).

Essa confonde l'irretroattività naturale dell'abrogazione di una norma - fenomeno che consiste nella posizione di un limite temporale di vigenza e che non tocca i rapporti già costituiti (salvo espressa volontà del legislatore) - con la dichiarazione di illegittimità di una norma; o, come nella specie, di una disposizione negoziale. In questo caso, infatti, la pronuncia implica invalidità "ab origine"; e riverbera effetti immediati sui contratti in corso d'esecuzione; con esclusione solo dei rapporti esauriti.

La tesi in esame porterebbe, per contro, nei contratti di durata - quali sono, per la quasi totalità, quelli presi in esame - a disuguaglianze irragionevoli, oltre che inique, tra identici rapporti contemporaneamente in vigore: dei quali, taluni continuerebbero ad essere regolati da clausole dichiarate abusive. Il che, a ben vedere, porterebbe, anzi, a configurarne addirittura l'ultrattività: in ipotesi, suscettibile di perdurare "sine die", nei rapporti a tempo indeterminato (come ad es. i conti coirenti per corrispondenza), o in caso di rinnovazione tacita del contratto.

I riferimenti testuali all'art. 1469 *quinquies* ed alla direttiva CEE confortano l'assunto. Giacché la locuzione "inibire l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività" non si riferisce al solo atto istantaneo dell'inserzione della clausola in un nuovo contratto (ciò che avrebbe senso solo se si trattasse di un contratto ad effetti reali o ad esecuzione istantanea); bensì all'utilizzazione - pressoché quotidiana - che delle clausole vessatorie si continuerebbe, altrimenti, a fare nello svolgimento di rapporti di (lunga) durata. Pertanto, come non è dubbio che, in un giudizio individuale, la caducazione della clausola vessatoria abbia effetto *ex tunc*, così, per effetto dell'accoglimento dell'azione inibitoria - che, per sua natura, proietta su scala generale i medesimi effetti ("class action") - l'uso concreto delle clausole vessatorie diviene automaticamente illegittimo.

L'interpretazione offerta trae, del resto, indiretto conforto anche dalla sentenza della Corte Costituzionale 17 ottobre 2000, n. 425, che ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 25, comma III, del decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 342 in relazione a una delle clausole abusive poc'anzi esaminate, e cioè quella dell'anatocismo: sentenza, la cui rilevanza, "in

parte qua", è troppo frettolosamente sottovalutata dalle appellanti. In essa infatti si legge testualmente che la norma oggetto di scrutinio non aveva natura interpretativa - come pure era stato suggerito nel corso dei lavori parlamentari (seduta del 17 giugno 1999 della sesta commissione) - bensì efficacia validante retroattiva: come reso evidente dalla formula adottata, tipica delle norme di generale sanatoria ("sono valide ed efficaci..."). Con ciò, rendendo palese che la retroattività espressa era necessaria per salvare rapporti giuridici in essere, altrimenti infirmati, sotto il profilo dell'illiceità degli interessi composti, dalla giurisprudenza innovativa della Corte di Cassazione, negatrice di usi normativi legittimanti.

Ne riesce, dunque, riconfermata, "a contrario", la naturale efficacia immediata invalidante di una pronuncia di illegittimità - o, come nella specie, di inefficacia, per vessatorietà - di clausole inerenti a rapporti di durata non ancora esauriti.

Occorre peraltro aggiungere che le appellanti attribuiscono al tribunale una statuizione di modifica delle clausole, che non ha affatto emesso. Che ha, anzi, positivamente negato, rigettando sul punto la domanda attrice; con l'esatta motivazione che l'ordine di modificare le clausole comporterebbe un'inammissibile prestazione di fare, bisognosa, oltretutto, del consenso delle singole controparti, previa valutazione di convenienza del caso concreto (cfr. sent. pagg. 54-55).

È pure infondato il motivo d'appello, comune alle tre parti, riguardante la pubblicazione della sentenza sui tre quotidiani indicati, pienamente giustificata dalla rilevanza giuridico-economica delle clausole dichiarate abusive, interessanti un pubblico vastissimo di consumatori.

La larga prevalenza dei motivi rigettati, rispetto a quelli accolti, giustifica la condanna alla rifusione delle spese di giudizio.

P.Q.M

In parziale riforma dell'impugnata sentenza, rigetta la domanda svolta da Cittadinanzattiva (già Movimento Federativo Democratico) e dal Comitato Consumatori Altroconsumo in ordine alle clausole di cui all'art.7, sesto comma, condizioni generali BPM e art. 9 delle norme Fideuram sulla prestazione dei servizi bancari e finanziari; all'art. 18, comma secondo, norme BPM e Fideuram sulla prestazione dei servizi bancari e finanziari; all'art.1, comma 4 delle norme BPM relative ai contratti di negoziazione, sottoscrizione, collocamento e raccolta di ordini concernenti valori mobiliari e all'art.12, comma primo, delle norme Fideuram sulla prestazione dei servizi bancari e finanziari; al punto 2 della domanda BPM di finanziamento ipotecario (claus. N. 40); all'art.12, secondo comma (claus. N. 52) delle norme Fideuram sulla prestazione di servizi bancari e finanziari; all'art.15 (claus. N. 54) delle norme Fideuram sulle prestazioni di servizi bancari e finanziari; alla nota al terzo comma dell'art.7 delle condizioni generali ABI ed. 1995;

- condanna le appellanti in solido alla rifusione delle spese processuali sostenute da Cittadinanzattiva liquidate in complessivi € 9.400,00 di cui € 785,00 per spese ed € 1300,00

per diritti; oltre spese generali, IVA e C.A.P.

- condanna le appellanti in solido alla rifusione delle spese processuali sostenute dal Comitato Consumatori Altroconsumo, liquidate in complessivi € 9.400,00 di cui € 785,00 per spese ed € 1300,00 per diritti, oltre spese generali, IVA e C.A.P.

Roma, 10 Giugno 2002