Regione Siciliana
Presidenza

Diritto dei Consumi

Raccolta di Giurisprudenza delle Corti siciliane dal 1996 al 2008

A cura di:

Maria Castri
Antonello Miranda
Alessandro Palmigiano

Regione Siciliana
Presidenza

Diritto dei Consumi

Raccolta di Giurisprudenza delle Corti siciliane dal 1996 al 2008

A cura di:

Maria Castri
Antonello Miranda
Alessandro Palmigiano

PREFAZIONE

La protezione del consumatore è, oramai, uno dei capisaldi che è costantemente presente in tutte le politiche regionali, nazionali, comunitarie ed internazionali.

Infatti, in una società sempre più dominata da un mercato globalizzato ed in continua evoluzione, il consumatore è diventato il protagonista della vita economica e civile: garantire i diritti dei consumatori significa porre le basi per un mercato veramente concorrenziale, che favorisca l'accesso a beni e servizi più efficienti e meno costosi; significa tutelare i cittadini dagli abusi di un'economia quasi "senza regole" e piena di insidie.

In questo contesto globalizzato si pone il diritto dei consumatori, un diritto trasversale ma comune a tutte le persone: tocca, infatti, i settori del diritto civile, commerciale, penale, amministrativo, comunitario ed internazionale; è un diritto complesso, perché è basato su fonti diversificate ed è in continua evoluzione in quanto si presta a molteplici sviluppi ed a diverse interpretazioni.

Ma regole armonizzate ed informazioni certe sono il corollario per il corretto sviluppo del mercato e dei servizi: la tutela del consumatore è trasversale rispetto ai settori della politica e per attuarla è più che mai necessario che le Istituzioni, a

qualsiasi livello, collaborino e cooperino tra di loro.

Indispensabile è, quindi, il compito assegnato alle Regioni; e la Regione Siciliana è stata antesignana in questo settore in quanto, sin dal 1994, si è dotata di una legge (L.R. 23 maggio 1994, n. 7) a tutela dei consumatori e degli utenti, legge improntata proprio al principio di sussidiarietà.

Ora, la nostra Regione vuole continuare ad essere protagonista sulla tematica della tutela dei consumatori attraverso un processo di concreto avvicinamento delle istituzioni ai cittadini; ed il fronte dell'informazione è uno di quelli privilegiati per attuare tali strategie: solo un'informazione obiettiva e veritiera può rendere veramente consapevole il cittadino dei propri diritti, al fine di consentirgli di decidere ponderatamente e, soprattutto, liberamente.

In questo contesto la Regione Siciliana ha ritenuto di estrema importanza nonchè di grande attualità ed utilità offrire un unitario, immediato e pratico momento di approfondimento tecnico-giuridico a Giudici, Avvocati, studenti universitari, operatori del settore e, soprattutto, ai cittadini-consumatori.

Ecco, quindi, questa pubblicazione, probabilmente fino ad oggi unica nel panorama italiano: un testo dove sono state

raccolte alcune tra le principali decisioni emesse dalle Corti di giustizia siciliane negli ultimi dodici anni sulle più frequenti problematiche che investono la tutela dei consumatori e degli utenti.

Realizzare questo volume è stata una vera e propria "sfida", anche perché si è partiti dal nulla o, per meglio dire, si è partiti da una domanda: cos'è che si può realizzare di veramente nuovo ed utile in campo consumeristico? Ci sono venute alcune idee, ma nessuna di specifico interesse e/o di reale novità, fino a quando non abbiamo riflettuto che mancava, in questo settore, un "massimario per i consumatori".

Tuttavia un vero e proprio massimario avrebbe richiesto tempi assai più lunghi; invece, predisporre su tale tematica una pubblicazione di giurisprudenza commentata sarebbe stato sicuramente realizzabile in tempi più contenuti.

Pertanto ci siamo messi subito al lavoro: abbiamo capillarmente contattato tutte le Corti di giustizia siciliane: Tribunali Amministrativi Regionali, Corti di Appello, Tribunali e Giudici di Pace nonché gli Ordini degli Avvocati di tutte le Province siciliane; abbiamo, ovviamente, coinvolto anche tutte le Associazioni dei consumatori e degli utenti dell'Isola chiedendo loro di fornirci il relativo materiale, cioè le sentenze emesse sulla tematica.

Le risposte non sono tardate ad arrivare; abbiamo, quindi, analizzato tutte le decisioni che ci sono pervenute e, attraverso una difficile scelta, abbiamo individuato le sentenze che sono raccolte il questo testo; queste sentenze sono state, a loro volta, divise in grandi aree tematiche: definizioni generali, azioni inibitorie e clausole vessatorie, responsabilità per danno da prodotto difettoso, garanzia nella vendita dei beni di consumo, turismo e trasporti, rapporti bancari e di utenza, servizi finanziari; per ogni sentenza è stata, ancora, predisposta la relativa massima ed infine abbiamo commentato la corrispondente sezione.

Questo ponderoso libro si è potuto realizzare con gli entusiasmi e le sinergie di un team di persone che voglio ringraziare per l'impegno profuso nella realizzazione del volume: il Prof. Antonello Miranda e l'Avv. Alessandro Palmigiano; non posso fare a meno di menzionare, inoltre, la preziosissima ed instancabile Dott.ssa Rosa Guttuso che ci ha aiutato in quest'anno di lavoro.

Un grazie particolare va, ancora, all'Avv. Massimiliano Dona che ha amichevolmente predisposto il commento del capitolo dedicato al Turismo ed ai Trasporti.

Grazie, infine, all'Avv. Alessandra Alaimo che ha lavorato al commento del capitolo dedicato alle Disposizioni Generali ed all'Avv. Sabrina Vecchio Verderame che ha

commentato il capito relativo ai Servizi di Intermediazione Fiinanziaria.

Questa pubblicazione, in conclusione, vuole essere un'occasione di approfondimento per tutti coloro che, a vario titolo, si occupano di tutela dei diritti dei consumatori; il nostro auspicio è che, anche grazie a lavori come questo, la Regione Siciliana contribuisca a migliorare la consapevolezza e, quindi, la vita del cittadino-consumatore, cioè la vita di tutti noi.

Maria Castri

Responsabile della tutela dei consumatori e degli utenti per la Regione Siciliana

SOMMARIO

I. DEFINIZIONI GENERALI pag. 19

Sentenze e provvedimenti

I. Corte di Appello di Caltanissetta, decreto 17 aprile 2002, Maglienti A. (Avv.ti A Palmigiano e U. Cascino) c. Ministero della Giustizia (Avvocatura dello Stato), Giudice D'Orazio pag. 47

II. Tribunale di Palermo, ordinanza 31 dicembre 2003, Sarno L. e Viola V. (Avv. A. Palmigiano) c. Ministero dell'Interno (Avvocatura dello Stato), Giudice Laudani pag. 52

III. Tribunale di Palermo, ordinanza 10 marzo 2004, Ministero dell'Interno - Questura di Palermo (Avvocatura dello Stato) c. Sarno L. e Viola V. (Avv. A. Palmigiano), Pres. Monteleone, Giudice rel. De Gregorio, Giudice Cosentino pag. 55

IV. Tribunale di Palermo, sentenza 13 dicembre 2005, M.G. c. Marcos S.r.l, Giudice Ruvolo pag. 66

V. Tribunale di Caltanissetta, ordinanza 28 marzo 2006, Lauria C. +25 (Avv. M. Sardo) c. Vodafone Omnitel NV (Avv.ti A. Alaimo e G. Cusumano), Giudice Leone pag. 82

VI. TAR Sicilia, Sezione di Palermo, sentenza 24 giugno 2008 n. 842, Ricorrenti (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Comune di Palermo (Avv. V. Criscuoli) e TD Group S.p.A. (Avv. L. Mazzei), Pres. Giallombardo, Est. Veneziano pag. 89

II. AZIONE INIBITORIA E CLAUSOLE VESSATORIE pag. 106

Sentenze e provvedimenti

I. Tribunale di Palermo, ordinanza 24 gennaio 1997, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Aeroviaggi (Avv. A. Algozini) Giudice Laudani pag. 150

II. Tribunale di Palermo, ordinanza recl. 28 febbraio 1997, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Aeroviaggi (Avv. A. Algozini), Pres. Scaduto, Est. Giannelli pag. 160

III. Tribunale di Palermo, ordinanza 5 settembre 1997, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Siremar (Avv. Ferraro e Passanisi), Giudice Laudani pag. 171

IV. Tribunale di Palermo, ordinanza recl. 22 ottobre 1997, Soc. Siremar (Avv. Ferraro e Passanisi) c. Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv. G. e A. Palmigiano), Pres. Monteleone, Est. Tulumello pag. 178

V. Tribunale di Palermo, sentenza 20 marzo 1998, Romano B. (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Enel S.p.A. (Avv.ti G. G. Gentile, E. Ciccotti e G. D'Alleo), Pres. Battaglia, Est. Conti pag. 204

VI. Tribunale di Palermo, sentenza 2 giugno 1998, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Aeroviaggi (Avv. A. Algozini), Giudice Conti pag. 275

VII. Tribunale di Palermo, sent. 3 febbraio 1999, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Siremar – Sicilia Regionale Marittima, (Avv.ti Ferraro e Passanisi), Giudice Laudani pag. 310

VIII. Tribunale di Palermo, ordinanza 29 dicembre 1999, dep. 10 gennaio 2000, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G e A. Palmigiano) c. AMAP (Avv.ti A. Frenda, D. Lo Iacono, P. S. Marano, G. Ragonese), Giudice G. D'Antoni pag. 323

IX. Tribunale di Palermo, sez. dist. Monreale, ordinanza 4 luglio 2000, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Acquedotto Consortile del Biviere (Avv. G. Rizzuto), Giudice Guzzo pag. 350

X. Tribunale di Palermo, sentenza 11 luglio 2000, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Accord Viaggi (Avv.ti A. e P. Sferruzza), Giudice Nicoletti pag. 368

XI. Tribunale di Palermo, ordinanza recl. 18 settembre 2000, Acquedotto Consortile del Biviere (Avv. G. Rizzuto) c. Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano), Pres. Scovazzo, Est. Terni pag. 384

XII. Tribunale di Palermo, sentenza 15 luglio 2003, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Air Sicilia, Giudice Laudani pag. 399

XIII. Tribunale di Palermo, sentenza 19 febbraio 2005, Ass. naz. Pensionati ENEL c/ FISDE Fondo Integrat. Sanitario per dipendenti ENEL – FISDE, Giudice Jannelli pag. 404

XIV. Tribunale di Palermo, sentenza 24 febbraio 2006, Associazione difesa Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Banco di Sicilia S.p.A: (Avv.ti Giudice e Piazza) Pres. Monteleone, Est. Di Pisa pag. 410

XV. Tribunale di Palermo, sentenza 30 giugno 2008 n. 3896, Associazione difesa Consumatori e Ambiente (Avv. A. Palmigiano) c. Grimaldi Compagnia di Navigazione (Avv.ti G. De Santo, F. Cadeddu, R. Vilardo), Giudice Di Pisa pag. 442

III. RESPONSABILITÀ PER DANNO DA PRODOTTO DIFETTOSO E GARANZIA NELLA VENDITA DEI BENI DI CONSUMO pag. 468

Sentenze e provvedimenti

I. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 24 novembre 1998, Conti G. (Avv. A. Palmigiano) c. Studio Elite (Avv. S. Lio), Giudice Cammarata pag. 484

II. Pretura di Catania, ordinanza 29 marzo 1999, Celano e altri (Avv.ti Di Bella e Branciforti) c. Leonardi D. (Avv. Fiorito) e Soc. Cide (Avv. Pensavalle), Giudice D'Allura pag. 495

III. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 19 ottobre 1999, Alaimo C. (Avv. A. Palmigiano) c. Daewoo Electronics Italia S.p.A. (Convenuta contumace), Giudice Carbone pag. 498

IV. Giudice di Pace di Acireale, sentenza 21 marzo 2005, Chiarenza S. (Avv. F. Vasta) c. C. G. Auto (dott. G. Gargano), Giudice Floritta pag. 504

V. Giudice di Pace di Catania, sentenza 4 ottobre 2005, Schimmenti A. (Avv. G. Lombardo) c. Phone Center S.r.l., Giudice Lentulo pag. 509

VI. Tribunale di Catania, sentenza 27 novembre 2006, Finocchiaro M. C. (Avv. Pittari) c. Panebianco A. (Avv. Fragalà), Giudice Di Stefano pag. 513

VII. Giudice di Pace di Scicli, sentenza 27 gennaio 2007, Iurato G. (Avv.ti G. Pitrolo e V. Contarini) c. Autoplus S.r.l. (Avv. A. Moltisanti), Giudice De Agostino pag. 520

IV. TURISMO E TRASPORTI pag. 532

Sentenze e provvedimenti

I. Giudice di Pace di Siracusa, sentenza 26 marzo 1999, Giudice Bracciante pag. 562

II. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 4 ottobre 2002 n. 6823, Tripi E. ed altri (Avv. A. Palmigiano) c. Air Sicilia S.p.A., Giudice Trapani pag. 568

III. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 11 ottobre 2002 n. 7040, Tusa A. e Altri (Avv. A. Palmigiano) c. Air Sicilia S.p.A., Giudice Pomelli pag. 576

IV. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 22 novembre 2005, Montagnino M. (Avv.ti. F e C. La Cavera) c. Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. (Avv. G. Bongiorno), Giudice Liggio pag. 582

V. Giudice di Pace di Caltanissetta, sentenza 29 giugno 2006, Scarlata A. ed altro (Avv. L. Cascino) c. Alpitour S.p.A. (Avv. M. Dell'Utri) e Air Europe, Giudice Pilato pag. 604

VI. Giudice di Pace di Caltanissetta, sentenza 29 giugno 2006, Brancato G. A. ed altri (Avv. L. Cascino) c. I Grandi Viaggi S.p.A. (Avv.ti S. Santi e S. Sillitti) e STB 2001 s.r.l. (Avv. F. Ferrazzoli), Giudice Pilato pag. 620

VII. Tribunale di Palermo, sentenza 5 ottobre 2006, B. I. ed altri c. Biba Tour s.r.l, Turisanda S.p.A. e Sara Assicurazioni S.p.A., Giudice De Gregorio pag. 634

VIII. Giudice di Pace Palermo, sentenza 15 marzo 2007, Napoli G.+5 (Avv. M. V. Cerami) c. Freddom Viaggi S.r.l. (A. Pandolfo), Giudice De Simone pag. 643

IX. Tribunale di Marsala, sentenza 5 aprile 2007, X (Avv. G. Giunta) c. Eurofly S.p.A. (Avv.ti C. De Filippi e A. Trotti), Giudice Tomaiuoli pag. 652

X. Tribunale di Palermo, sentenza 31 maggio 2007, Columbia Turismo s.r.l (Avv.ti M. G. Ferraù e C. Srubek Tomassy) c. Tripodo M. (Avv. S. Mancuso) e Fenicia Viaggi s.r.l. (Avv.ti E. Gullo e P. Martorana), Giudice Di Pisa pag. 675

XI. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 14 settembre 2007 n. 1753, D'Onofrio L. (Avv. A. Palmigiano) c. Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. (Avv. F. Ferrazzoli), Giudice Spagnolo pag. 685

XII. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 17 gennaio 2008, Conti M. I. (Avv. A. Palmigiano) c. Eurofly S.p.A. (Avv.ti Trotti e Zammiti) e Air Italy S.p.A. (Avv.ti S. Maruca e G. Borgnoni Vimercati), Giudice De Simone pag. 694

V. RAPPORTI BANCARI E DI UTENZA pag. 711

Sentenze e provvedimenti

I. Tribunale di Catania, decreto 29 luglio 1998, B.d.S. (Avv. Monterosso) c. Castiglia e altro, Giudice Vergari pag. 733

II. Pretura di Catania, decreto 30 luglio 1998, B.d.S. (Avv. Monterosso) c. Gazzetta, Giudice Trovato pag. 741

III. Tribunale di Palermo, sentenza 7 marzo 2000, Siragusa R. (Avv. Visconti) c. Banca Popolare Sant' Angelo (Avv. Gianferrara), Giudice Conti pag. 749

IV. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 15 aprile 2003, Alessandro G. (Avv. A. Palmigiano) c. B.N.L. (Avv. A. Aiello), Giudice Vitale pag. 769

V. Tribunale di Patti, sentenza 23 giugno 2003, X c. Y pag. 784

VI. Tribunale di Caltanissetta, ordinanza l5 dicembre 2003, Ginevra C. (Avv. M. G. Riggi) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. L. Cascino), Giudice Leone pag. 795

VII. Giudice di Pace di Alì Terme, sentenza 27 gennaio 2004 n. 144, Restivo L. (Avv. L. Giacobbe) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. I. Cardillo), Giudice Calabrò pag. 799

VIII. Tribunale di Nicosia, ordinanza 9 agosto 2004, Bontempo S. ed altri (Avv.ti M.R. Rubolotta e L. Sanfilippo) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. L. Cascino), Giudice Ricciardolo pag. 808

IX. Tribunale di Agrigento, ordinanza 3 novembre 2004, n. 1256, R. S.a.S. c. Telecom Italia S.p.A., Giudice Petitti pag. 815

X. Giudice di Pace di Catania, sentenza 31 dicembre 2004, C. L. (Dott. G. Impallomeni) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. G. Tribulato), Giudice Scuto pag. 818

XI. Giudice di Pace di Alì Terme, sentenza 27 maggio 2005 n. 456, Micalizzi F. (Avv. A. Currò) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. G. Messina), Giudice Calabrò pag. 824

XII. Giudice di Pace di Nicosia, sentenza 17 luglio 2007, Contino V. (Avv. F. La Licata) c. Telecom Italia (Avv. L. Cascino), Giudice Grippali pag. 834

XIII. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 25 settembre 2007, Minutella M.S. (Avv. A. Minutella) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. B. R. Marotta) Giudice De Simone pag. 841

XIV. Giudice di Pace di Troina, sentenza 5 dicembre 2007 n. 543, Giambirtone R. (Avv. G. Monastra) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. L. Cascino), Giudice Potenza pag. 849

XV. Tribunale di Palermo, sentenza 20 febbraio 2008, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti A. e G. Palmigiano) c. Banca di Palermo (Avv. G. Bevilacqua), Presidente Rel. Di Pisa pag. 857

XVI. Tribunale di Palermo – sez. dist. Monreale, sentenza 28 marzo 2008, IRF Padre Clemente Onlus (Avv. M. Madonia) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. B. R. Marotta), Giudice Ruvolo pag. 886

VI. SERVIZI DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA pag. 894

Sentenze e provvedimenti

I. Tribunale di Palermo, sentenza 16 marzo 2005, A. S. (Avv.ti G. Matteini e F. Di Pace) c. X (Avv.ti G. e A. Palmigiano, F. e A. Monti), Pres. Monteleone, Rel. Malsano pag. 917

II. Tribunale di Catania, sentenza 22 novembre 2005, Scandura O. (Avv. D'Agostino) c. Credito Siciliano (Avv.ti Schlesinger, Anelli, Testa), Pres. Macrì, Rel. Paternò Raddusa pag. 936

III. Tribunale di Palermo, sentenza 24 novembre 2005, X c. Y, Pres. Monteleone, Est. Galazzi pag. 959

IV. Tribunale di Catania, sentenza 25 novembre 2005, T. A. e B. S. (Avv.ti G. Mattini e A. Cannata) c. Banco di Sicilia S.p.A. (Avv.ti F. Carbonetti, N. Irti e U. Monterosso), Pres. Macrì, Est. La Mantia pag. 980

V. Tribunale di Palermo, sentenza 17 febbraio 2006, X. c. Y., Pres. Monteleone, Est. Galazzi pag. 999

VI. Tribunale di Termini Imerese, sentenza 7 marzo 2006, D.R.R. (Avv. G. Mattini) c. Banca Monte dei Paschi di Siena, Pres. Guarnotta, Est. Piazza pag. 1015

VII. Tribunale di Marsala, sentenza 12 luglio 2006, G.R.T + 5 (Avv.ti A. Palmigiano e A. Gattuccio) c. San Paolo Imi S.p.A., Pres. Giamo, Rel. Sala pag. 1028

VIII. Tribunale di Catania, sentenza 23 gennaio 2007, G. A. c. Banca Popolare Italiana, Pres. Macrì, Est. Paternò Raddusa pag. 1042

IX. Tribunale di Catania, sentenza 8 febbraio 2007, n. 518, X (Avv. C. Calì) c. Y, Pres. Paternò Raddusa, Est. La Mantia pag. 1084

X. Tribunale di Barcellona Pozzo Di Gotto, sentenza 21 giugno 2007, Puglisi M. (Avv.ti A. Imbriglia e Avv. E. Benvegna) c. Intesa Trade SIM S.p.A., Pres. Lanza Volpe, Est. Albanese pag. 1112

XI. Tribunale di Palermo, sentenza 13 febbraio 2008 n. 696, Fernandez C. (Avv.ti A. Palmigiano e A. Gattuccio), c. Banca Nuova S.p.A. (Avv. S. Grimaudo) e Buzzetta S. (Avv. M. Alesi). Pres. Marino, Est. De Gregorio pag. 1138

I. DEFINIZIONI GENERALI

Nel presente capitolo sono state inserite alcune significative sentenze della giurisprudenza siciliana che trattano temi che interessano i consumatori e gli utenti sotto un profilo generale: si tratta, infatti, di problematiche quali il diritto alla ragionevole durata del processo, la definizione di consumatore e il foro competente per le cause che lo interessano, il diritto alla salute (con particolare riferimento alla protezione della popolazione dalla esposizione a campi elettromagnetici), nonché il diritto alla tutela dell'ambiente e della salute sotto lo specifico profilo della circolazione veicolare all'interno delle zone a traffico limitato.

Circa il diritto alla ragionevole durata del processo è necessario premettere che l'articolo 111, comma 1, della Costituzione italiana, come novellato nel 1999[1], afferma che "*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*". E la parte finale del secondo comma stabilisce che "*la legge ne assicura la ragionevole durata*". La rilevanza del principio della "*ragionevole durata*" del processo è evidente ove si consideri ulteriormente che esso è annoverato nell'ambito dell'art. 6,

1 Formulazione dovuta alla modifica dell'art. 111 della Cost., avvenuta con Legge Costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 300 del 23 dicembre 1999.

comma 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Quest'ultima disposizione, con particolare enfasi, rubricata "*Diritto ad un processo equo*", stabilisce che "*ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata imparzialmente, pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente ed imparziale*".

La Legge n. 89 del 24 marzo 2001, meglio nota come Legge Pinto, ha introdotto nell' ordinamento giuridico statale uno strumento che consente un'equa riparazione a "*chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione" .*

Il pregio di questa normativa è quello di riconoscere a tutti i cittadini italiani, che loro malgrado si siano trovati e si trovino ad essere parte nel nostro sistema giudiziario di un processo civile, penale, amministrativo, previdenziale o fallimentare eccessivamente ed immotivatamente lungo, il diritto ad essere risarciti dallo Stato per il danno da loro ingiustificatamente patito a seguito di una simile attesa. E' indubbio, d'altronde, che una persona, la quale debba aspettare talvolta per periodi decennali la sentenza con la quale venga finalmente definita una

vertenza che la coinvolga direttamente, è costretta a vivere in una situazione di incertezza, via via crescente a seconda dell'oggetto e dell'entità del giudizio di cui si vada poi a lamentare l'eccessiva durata.

Il legislatore italiano, dunque, a seguito delle reiterate condanne impartite dalla Corte Europea di Strasburgo per l'incapacità del nostro Paese di assicurare ai propri cittadini una giustizia che si compia in un tempo ragionevole, si è visto costretto a dotare l'ordinamento interno di uno strumento volto a porre un freno alle pesanti disfunzioni del nostro sistema giudiziario, pena un sostanzioso aggravamento del bilancio delle casse pubbliche. Ogni cittadino che, indipendentemente dall'esito (sia che egli vinca, perda o concili la lite), veda procrastinarsi indebitamente una causa che lo riguardi, può quindi proporre ricorso con l'assistenza di un legale - nei confronti del Ministero della Giustizia quando si tratti di violazioni compiute dal giudice ordinario, del Ministero della Difesa quando si tratta di procedimenti innanzi al giudice militare, del Ministero dell' Economia e delle Finanze in tutti gli altri casi[2] - ad una Corte di Appello territorialmente individuata[3], la quale,

2 Cfr. Art. 3, co. 3 della legge.

3 Secondo l'art. 3, co. 1, della legge la domanda di equa riparazione si propone dinanzi alla Corte di Appello del distretto in cui ha sede il giudice competente ai sensi dell'articolo 11 del codice di procedura penale a giudicare nei procedimenti riguardanti i magistrati nel cui distretto e' concluso o estinto

previo svolgimento, di norma, di un'unica udienza di discussione in camera di consiglio, valuta se, nel caso specifico, sia ravvisabile una violazione della durata ragionevole del processo; in caso di accertamento positivo la Corte emette decreto di condanna e, conseguentemente, liquida in favore del cittadino stesso un indennizzo che generalmente oscilla tra € 1.000,00 ed € 1.500,00 per ogni anno di pendenza del giudizio eccedente la ragionevole durata, oltre le spese legali relative a tale procedura, poste anch'esse a carico del Ministero.

Il caso concreto che ha dato luogo alla pronuncia in commento riguarda un cittadino che nel 1993 introduceva una causa nei confronti delle sorelle per ottenere la divisione dei beni ereditati dai genitori ottenendo la relativa decisione nel 2001. Con ricorso depositato il 30 ottobre 2001 veniva quindi chiesta la condanna del Ministero della Giustizia al pagamento di un equo indennizzo del danno subito dal ricorrente a causa del ritardo nello svolgimento della causa civile di divisione ereditaria. La **Corte di Appello**

---

relativamente ai gradi di merito ovvero pende il procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata. La competenza territoriale, per i ricorsi riguardanti la richiesta di un'equa riparazione del danno ai sensi della legge del 24 marzo 2001, n. 89 che hanno ad oggetto ritardi in giudizi dinanzi a giudici diversi da quello ordinario, quale il giudice amministrativo, deve essere individuata ai sensi delle norme di carattere generale contenute nel codice di procedura civile (così Corte di Cassazione - sez. I civile, ord. 4 febbraio 2003 n. 1653).

di Caltanissetta, con decreto 17 aprile 2002, ha quindi dichiarato il diritto del cittadino ricorrente a vedersi risarciti i danni causati dalla non ragionevole durata del processo. Secondo la Corte sono risarcibili i danni patrimoniali e non patrimoniali (nella specie il danno morale) causati dalla ingiustificata eccessiva durata del processo causata dai rinvii dovuti a motivi non imputabili alle parti ed ai loro difensori.

Quanto alla disciplina va evidenziato che il ricorso può essere proposto quando risulti ancora in corso il giudizio di cui si prospetti l'eccessiva lunghezza, ma può anche essere depositato, a pena di decadenza, entro il termine di sei mesi dal momento in cui la sentenza di detto giudizio sia divenuta definitiva e, dunque, non più impugnabile.

La Corte d' Appello è chiamata a constatare la fondatezza della richiesta di indennizzo e la determinazione del termine di una ragionevole durata del processo ne costituisce solo il presupposto logico ed obbiettivo da cui partire per la valutazione del danno. In altre parole, lo scopo del ricorso come indicato dalla stessa legge "Pinto" è quello di verificare l'esistenza di tre elementi: 1) l' irragionevole durata del processo; 2) l'esistenza di un danno; 3) il nesso causale tra il primo e il secondo elemento. Solo la constatazione della presenza di tutti gli elementi porta ad una pronuncia sull'equa riparazione del danno, quest'ultima unico movente ed interesse

che lo strumento previsto dalla legge asseconda e soddisfa.

I criteri di riferimento ai fini dell'accertamento della violazione del termine ragionevole di durata sono: la complessità del caso, il comportamento delle parti, del giudice e di ogni altra autorità chiamata a concorrere o comunque contribuire alla definizione del processo. A tale proposito la pronuncia della Corte di Appello di Caltanissetta ha precisato che l'indennizzo può riferirsi ai danni dovuti alla ingiustificata eccessiva durata del processo causata dai rinvii dovuti a motivi non imputabili alle parti ed ai loro difensori. E' solo a tale periodo, e non all'intera durata del processo, che deve farsi riferimento per stabilire la sussistenza del danno; devono quindi escludersi dalla valutazione della durata del processo quei prolungamenti dovuti, ad esempio, alla richiesta di rinvio effettuata dal difensore della parte che chiede, poi, l'indennizzo.

La Corte ha l'obbligo di pronunciarsi entro quattro mesi dal deposito del ricorso; tale decreto è impugnabile per cassazione. Il procedimento in materia di equa riparazione è esente dal pagamento del contributo unificato.

Le successive pronunce in commento (**Tribunale di Palermo, sent. 13 dicembre 2005 e Tribunale di Palermo, sent. 16 dicembre 2005**) hanno ad oggetto i temi riguardanti la definizione di consumatore e il foro competente a

decidere sulle controversie nascenti da rapporti di consumo. Si tratta, invero, di provvedimenti giudiziari che trattano, seppure con riferimento ai due argomenti anzidetti, due aspetti tutt'affatto peculiari: rispettivamente la possibilità di considerare consumatore il fideiussore che rilascia una garanzia in favore di un credito concesso ad una società della quale è amministratore e la possibilità di dichiarare la vessatorietà, e dunque la inefficacia, della clausola derogativa della competenza qualora sia il consumatore stesso ad invocare il foro indicato nella clausola (che astrattamente potrebbe essere considerato in contrasto con la normativa vigente). La piena comprensione dei due temi impone, tuttavia, brevi cenni sulla disciplina generale della definizione di consumatore e del foro competente a conoscere delle controversie da contratti stipulati tra professionista e consumatore medesimo.

L'attuale disciplina dei contratti del consumatore è contenuta negli artt. da 33 a 38 del Titolo I, parte III, del D. Lgs. n. 206 del 2005, c.d. "Codice del Consumo" (d'ora in poi "il Codice") che ha sostituito gli articoli 1469 bis, 1469 ter, l469 quater, 1469 quinquies e 1469 sexies del codice civile con un nuovo art. 1469 bis il quale prevede che le disposizioni del medesimo titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal Codice del Consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore.

La previgente normativa, infatti, cui peraltro le sentenze in commento fanno riferimento, era contenuta nel Capo XIV bis, agli artt. 1469 bis e ss. del Codice Civile, rubricato " Dei contratti del consumatore", capo aggiunto dall'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52.

L' art. 1469 bis, così come l'art.3, co. 1, lett. a) del Codice, definisce il consumatore come la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

La formula definitoria di cui all'art. 33 del codice (prima prevista nell'art.1469 bis, c.c.,) fornisce all'interprete tre elementi sicuri: a) è consumatore soltanto la persona fisica; b) quella di consumatore è situazione contingente e relativa, da accertarsi con riguardo ad un determinato atto; c) la qualifica di consumatore non è *a priori* esclusa dal fatto di essere il soggetto in questione un imprenditore o un professionista (ed anzi, è questa l'ipotesi in cui è più difficile stabilire quando un soggetto sia consumatore ai fini dell'applicazione della relativa disciplina).

La fattispecie concreta che sta alla base della prima delle due decisioni in commento pone proprio tale problema interpretativo. Si tratta infatti del caso in cui una persona fisica ha prestato, mediante consegna di un assegno, una garanzia fideiussoria in favore di una società della quale era pure amministratore. Posto all'incasso l'assegno da parte della società garantita, lo stesso

veniva protestato. L'emittente ne chiedeva il sequestro giudiziario innanzi al Tribunale di Palermo, sez. distaccata di Bagheria.

Considerato che nel contratto di fideiussione era stabilito che "*per qualunque controversia, anche in ipotesi di continenza o connessione di causa, è competente in via esclusiva il Foro di Firenze*", correttamente il giudice si è posto il problema se tale clausola negoziale debba o meno ritenersi vessatoria perché in deroga al c.d. foro del consumatore (art. 33, comma 2, lett. u)[4], attesa la rilevabilità d'ufficio della vessatorietà[5]. L'applicabilità del c.d. foro del consumatore, che avrebbe determinato la competenza del giudice adito, dipendeva quindi, dalla qualificabilità, o meno, del fideiussore come "consumatore".

Bisogna prima di tutto evidenziare come tra il negozio costitutivo del debito principale garantito e la convenzione costitutiva dell'obbligazione fideiussoria sussista un collegamento contrattuale. A tale proposito il decidente rileva che la Suprema Corte ha avuto modo di affermare che il detto collegamento contrattuale ed il carattere di accessorietà della fideiussione comportano che la qualità del debitore principale attrae

4 Norma già contenuta nell'art. 1469 bis, comma 3, n. 19, c.c..
5 Cfr. l'abrogato art. 1469 *quinquies* c.c. e Corte giust. 27.6.2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, (caso Océano Grupo Editorial).

quella del fideiussore (cfr. Cass. sent. 314/01 e ord. n. 10107 del 13/05/2005), con la conseguenza che quest'ultimo è professionista o consumatore a seconda della qualifica rivestita dal primo.

Nel caso di specie, in particolare, la fideiussione prestata dal ricorrente accede ad un contratto stipulato da un una società di capitali nella forma della s.r.l.. Seguendo l'impostazione fornita dalla Cassazione, va quindi esclusa la ricorrenza del requisito soggettivo ("qualità di consumatore") e l' applicabilità della disciplina delle clausole abusive nei contratti con i consumatori. Ma vi è di più. Nel caso di specie il ricorrente fideiussore era pure amministratore della società garantita; ciò comporta che "*guardando la sostanza economica di società di capitali i cui debiti nei confronti di creditori 'forti', come le banche, vengono garantiti, come nella specie, dagli amministratori, da un punto di vista economico, siano questi ultimi i reali imprenditori, sia pure attraverso lo schermo giuridico della società di capitali, che consente di limitare il rischio d'impresa al capitale sociale, salvo che nei confronti dei creditori 'forti', capaci di esigere garanzie personali e reali".*

Da un punto di vista più generale, invece, secondo il Tribunale di Palermo, non sempre può affermarsi (come potrebbe invece credersi generalizzando il principio affermato da Cass. 314/01 e da Cass. 10107/05) che la natura (di consumo o di impresa) del contratto principale determini

anche la natura della fideiussione che comporterebbe la non applicabilità degli artt. 1469 bis e ss. c.c. al contratto di fideiussione stipulato da una persona fisica che non agisca nell'ambito di un'attività professionale, ma che acceda comunque ad un contratto stipulato da un imprenditore collettivo.

Ciò che pare preferibile ritenere, ad avviso del Tribunale, è che non in tutti i casi di fideiussione prestata in favore di professionista il fideiussore possa essere considerato anch'egli professionista, dovendosi invece operare una valutazione caso per caso. Se l'estensione della qualifica soggettiva può valere infatti per l'amministratore di una persona giuridica, lo stesso principio può non valere, ad esempio, se a prestare fideiussione in favore dell'impresa sia un congiunto (magari il padre pensionato) dell'amministratore o del socio.

La nozione di consumatore va interpretata facendo riferimento al ruolo della persona in un contratto determinato, rispetto alla natura ed alla finalità di quest'ultimo, e non invece alla situazione soggettiva di tale stessa persona. Per stabilire la qualifica di consumatore o di professionista di un soggetto occorre invero avere riguardo alla concreta ed effettiva operazione economica posta in essere dalle parti. Il giudice quindi, facendo applicazione del principio che sancisce il dovere di interpretazione conforme delle norme nazionali al diritto

comunitario, si riferisce alla Direttiva 93/13 – normativa in applicazione della quale sono stati introdotti nel nostro ordinamento gli artt. 1469 bis e ss. - e alla interpretazione fattane dalla Corte di Giustizia, affermando che il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 "*è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse*". Applicando tale principio al caso di specie il giudice ne fa derivare che tale posizione di inferiorità ed il riferito deficit conoscitivo non ricorrono nel caso in cui sia l'amministratore di una persona giuridica a prestare fideiussione in favore della società (mentre potrebbe sussistere in altre ipotesi di fideiussione prestata da soggetti diversi in favore della persona giuridica). Essendo lo scopo perseguito dalla direttiva 93/13 quello di tutelare il consumatore in situazione di inferiorità rispetto al professionista, e visto che la determinazione della qualifica di consumatore o di professionista di un soggetto va operata tenendo conto dell'effettiva specifica operazione economica realizzata dalle parti, non può che ritenersi che, nonostante l'amministratore di una persona giuridica che presti fideiussione in favore di quest'ultima non possieda formalmente la

qualità di professionista, egli comunque esercita sostanzialmente un'attività di impresa o un'attività relativa ad attività di impresa ed è ben a conoscenza di tutte le circostanze dell'affare e delle clausole, che ben può valutare ed esaminare, del contratto principale e di quello accessorio. Egli non può quindi usufruire della protezione accordata ai consumatori.

Secondo il giudice, invece, non sarebbe obbligata dal diritto comunitario l'interpretazione per cui la qualifica di consumatore o di professionista del fideiussore dipenderebbe sempre da quella del debitore principale. Non può ritenersi che il particolare regime di tutela istituito per i consumatori riguardi soltanto i contratti conclusi al di fuori ed indipendentemente da qualsiasi attività o finalità, anche di terzi, professionale o imprenditoriale. Un atto strumentale all'esercizio della professione o dell'impresa di un terzo può, invero, anche essere ricondotto al regime protettivo di cui agli artt. 1469 bis ss. c.c. (oggi artt. 33 e ss. del Codice). Il giudice, quindi, esclusa l'invocabilità del c.d. foro del consumatore ha ritenuto quindi valida la clausola derogativa della competenza contenuta nel contratto di fideiussione.

Circa il foro del consumatore, l'art. 1469 bis, co. 3, numero 19, c.c. (e il corrispondente testo di cui all'art. 33, co. 2, lett. u) del Codice), dichiara vessatoria la clausola che stabilisce come sede del foro competente sulle controversie tra

professionista e consumatore località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore.

Tale norma, secondo quanto affermato dal **Tribunale di Palermo nella sent. 13 dicembre 2005**[6], va interpretata nel senso che il legislatore, nelle controversie tra consumatore e professionista, ha stabilito la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo, presumendo vessatoria la clausola che preveda una diversa località come sede del foro competente, ancorché coincidente con uno di quelli individuabili sulla base del funzionamento dei vari criteri di collegamento stabiliti dagli artt. 18 e 20 del codice di procedura civile per le controversie nascenti da contratto.

Ciò non preclude, tuttavia, che il foro esclusivo risultante dalla norma dell'art. 1469 bis, co. 3, n. 19, c.c., possa essere derogato dalle parti, purché la previsione di un diverso giudice abbia costituito oggetto di trattativa tra le parti medesime ai sensi art. 1469 ter, co. 4, c.c. (trasfuso oggi nell'art. 34, co. 4, del Codice)[7]. Si tratta quindi di competenza inderogabile, anche se non in modo assoluto, in quanto è consentito al professionista di provare

---

6 Conformemente all'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione nella recente ordinanza 13 giugno 2006, n. 13642 e nelle precedenti ordinanze nn. 13890/05; 8980/05; 5007/05; 2543/05; 19594/04; 19591/04; 16336/04.

7 Cassazione Ordinanza n. 19594 del 29 settembre 2004, cit..

che, nel caso concreto, la deroga non determina squilibrio di diritti ed obblighi derivanti dal contratto, in quanto oggetto di specifica trattativa individuale con il consumatore.

L'art. 1469 quinquies, co. 3, c.c. prevedeva che "*l'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice*"; l'art. 36, co. 3, del Codice prevede che "la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice". L'art. 36, co. 1, del Codice riprende, quindi, l'art. 1469 quinquies, c. c. (che era rubricato "inefficacia") operando il passaggio dall'inefficacia alla c.d. «*nullità di protezione*». In ciò si è visto uno dei più apprezzabili interventi del legislatore del Codice, peraltro proposto dal Consiglio di Stato in sede di parere consultivo sullo schema di decreto legislativo, che rimedia alla ingiustificabile ambiguità dell'originario recepimento all'atto di tradurre la "nullità", pur prevista nell'originario disegno di legge, in quella "inefficacia", rimasta cristallizzata nell'art. 1469 quinquies, c. c..[8]

L'intera disciplina è posta a tutela degli interessi di una sola parte - il consumatore - e conseguentemente si vuole escludere che sia invece il professionista ad avvantaggiarsene, avvalendosi del carattere vessatorio

8 Dona M., Il codice del consumo: regole e significati, 2005, Giappichelli, Torino, pag. 75.

perché, ipoteticamente, nel caso concreto egli ha interesse a farla dichiarare inefficace. Dato che l'inefficacia dovuta alla vessatorietà opera solo a vantaggio del consumatore, deve dedursi che la pronuncia d'ufficio non potrà avvenire quando, nel caso concreto, essa favorirebbe il professionista. Conseguentemente il Tribunale di Palermo ha affermato il principio per cui la vessatorietà della clausola derogativa della competenza non può essere affermata dal giudice qualora sia eccepita (come nel caso di specie) soltanto dal professionista, mentre il consumatore stesso invochi il foro indicato nella clausola contrattuale (astrattamente riconducibile alla ipotesi di cui all'art. 33, co. 2, lett. u) del Codice) e consideri la declaratoria di inefficacia non vantaggiosa.

La precisazione della rilevabilità d'ufficio ha una rilevanza esclusivamente processuale e significa che il giudice potrà accertare il carattere vessatorio della clausola anche se il consumatore non ha avanzato alcuna domanda in tal senso.

Le ultime tre pronunce in commento (**Tribunale di Palermo, ord. 31 dicembre 2003, Tribunale di Palermo, ord. 10 marzo 2004, Tribunale di Caltanissetta, ord. 28 marzo 2006**) hanno ad oggetto la tutela del diritto alla salute e, più in particolare, la tutela della salute dall'esposizione alle onde elettromagnetiche generate da impianti di telefonia mobile.

Le pronunce emesse dal Tribunale di Palermo (ord. 31 dicembre 2003, ord. 10 marzo 2004) riguardano una azione cautelare (ed il successivo reclamo) incoata da due privati nei confronti del Ministero degli Interni in relazione alle misurazioni effettuate sul tetto di un palazzo su cui erano installate diverse antenne delle questura e le cui emissioni sono risultate superiori ai limiti di legge. I privati quindi hanno agito in via d'urgenza per vedere tutelato il proprio diritto alla salute. Il CTU nominato nel contraddittorio delle parti, effettuate nuovamente le misure in corso di causa, non ha riscontrato il superamento dei limiti imposti dalla legge, ma ha rilevato la idoneità delle stesse a superare nuovamente i predetti limiti. Il giudice, quindi, anche in considerazione che il Ministero nella propria difesa non aveva addotto alcun interesse pubblico interferente o ostativo con il diritto di natura privatistico azionato dai ricorrenti, ha ordinato la rimozione delle antenne omnidirezionali ed ha inibito di puntare l'asse delle antenne direzionali verso il terrazzo dei ricorrenti. In sede di reclamo il Collegio ha confermato il provvedimento affermando che il pericolo di un nuovo superamento dei limiti, così come verificatosi prima della instaurazione del giudizio cautelare, poteva giudicarsi concreto e tale da giustificare la conferma della misura cautelare.

La terza delle pronunce (Trib. di Caltanissetta, ord. 28 marzo 2006), confermata anch'essa in sede di reclamo, oltre ad alcune tematiche condominiali che esulano dal tema della presente trattazione, ha ad oggetto la richiesta di sospensione dei lavori di installazione di un antenna per telefonia mobile anche in relazione al pericolo per la salute dei condomini, tenuto conto anche della presenza nelle vicinanze di scuole ed asili nido, che si sarebbe verificato una volta installato l'impianto. Il Giudice ha rilevato che la legge n. 36 del 2001 ed il D.P.C.M. 8 luglio 2003, relativamente alla esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici generati da impianti a radiofrequenze (quali quelli delle stazioni radio base per telefonia cellulare) hanno fissato rigorosi limiti, ancora più severi ove si tratti di luoghi adibiti a permanenza superiore alle 4 ore (quali abitazioni, scuole, ospedali, asili, etc.) e che tali limiti sono molto più severi di quelli suggeriti dalla Unione Europea nella Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 1999 che, a sua volta si è conformata alle prescrizioni dell'ICNIRP (Commissione Internazionale per le radiazioni non Ionizzanti). Secondo il giudicante, quindi, non può ritenersi sussistente il *periculum in mora* ossia la sussistenza di un pregiudizio imminente, quindi oggettivo, attuale, ed irreparabile del diritto dei ricorrenti a vedere tutelata la propria salute per la nocività delle onde elettromagnetiche. Ciò in considerazione

della specifica prova in tal senso da parte ricorrente medesima ed in presenza, al contrario, di documentazione scientifica dell'OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità) e di altre organizzazioni nazionali ed internazionali che affermano che dai numerosi studi svolti al livello internazionale non è dato desumere la esistenza di una prova certa che le onde elettromagnetiche siano nocive per la salute umana.

Il tema trattato nei suddetti provvedimenti è certamente di vivo interesse e attualità, per molteplici ragioni: il telefono cellulare, grazie alla inarrestabile innovazione tecnologica, da status symbol, è divenuto bene di consumo di massa, e strumento ormai necessario per garantire la comunicazione anche in sostituzione della telefonia fissa; d'altro canto, però, nella cittadinanza è diffuso l'interrogativo se l'esposizione a onde elettromagnetiche sia, o meno, nociva per la salute umana e quali siano gli strumenti di tutela approntati dallo Stato.

Per comprendere tale tema è necessario precisare che i campi elettromagnetici generati da impianti di telefonia cellulare rientrano nella più ampia categoria delle radiazioni non ionizzanti - convenzionalmente denominate NIR (Non ionizing radiation) - che, a differenza di quelle ionizzanti, non determinano modificazioni irreversibili dello stato della

materia che incontrano lungo il loro cammino[9]. A quest'ultima categoria appartengono le radiazioni ultraviolette, i raggi X e gamma, le cui proprietà di alterazione della materia sono utilizzate in medicina, ad esempio per le radiografie, secondo procedure molto rigorose. Le radiazioni non ionizzanti, le cui frequenze vanno da 0 a 300 GHz, si distinguono in: ELF (Extremely Low Frequency - frequenze estremamente basse) ed RF (Radio Frequency - radiofrequenze)[10]. Fra le ELF rientrano principalmente i campi elettrici e magnetici generati dagli impianti per la distribuzione dell'energia elettrica, c.d. elettrodotti, la cui frequenza, per convenzione, in Italia è pari a 50 Hz. Nelle RF vengono comprese le emissioni delle stazioni radio in modulazione di frequenza, le emissioni delle stazioni radio base per telefonia cellulare e le emissioni delle

9 Le radiazioni ionizzanti, onde elettromagnetiche di frequenza estremamente alta, determinano modificazioni irreversibili dello stato della materia. Tale effetto è denominato "ionizzazione", ossia alterazione del numero di cariche elettriche positive o negative presenti negli atomi. Le radiazioni non ionizzanti, da qualunque fonte derivino (ovvero naturale, industriale ed artigianale, da telecomunicazioni e radar, da fonti domestiche o diagnostiche e terapeutiche), si diffondono nello spazio ed hanno una limitata capacità di attraversare i corpi. Più esattamente la loro capacità di attraversare i corpi è inversamente proporzionale alla frequenza: tanto più bassa è la frequenza, maggiore è l'idoneità ad attraversare i corpi; più alta è la frequenza, più tale capacità progressivamente si riduce.

10 Si distinguono pure le MW Microwave (microonde), che comprendono le emissioni di onde elettromagnetiche per ponti radio, per comunicazioni satellitari, per rilevamenti radar e quelle emesse dai forni a microonde.

antenne per le trasmissioni televisive. Le onde ELF esulano tuttavia dal nostro campo di interesse atteso che non riguardano la telefonia mobile.
E' necessaria una ulteriore chiarificazione in ordine alle radiofrequenze. Quando si parla di "effetti sanitari" bisogna distinguere tra effetti acuti ed effetti a lungo termine. Le ricerche scientifiche raccolte dall'OMS sugli effetti dei campi a radiofrequenza[11] riferiscono, per ciò che concerne gli effetti acuti, essenzialmente di effetti di natura termica, effetti che sono riconducibili al riscaldamento piuttosto che all'azione dei campi elettromagnetici in sé, e per questo motivo vengono usualmente definiti effetti termici[12]. Questi sono tipici effetti a soglia ossia derivanti da un aumento prolungato della temperatura superiore alle normali variazioni fisiologiche. Attraverso il SAR (Specific Absorption Rate) è ormai possibile stabilire una corrispondenza tra gli aumenti di temperatura e l'intensità dei campi elettromagnetici esterni, così da poter stabilire limiti di esposizione tali da non determinare tale tipo di effetti. Quanto agli effetti di lungo termine conseguenti all'esposizione a campi a radiofrequenze, non esistono indicazioni certe e univoche.

11 *Campi elettromagnetici e salute pubblica, Effetti sanitari dei campi a radiofrequenza*, Promemoria n. 183, revisione maggio 1998, disponibile sul sito www.who.int/peh-emf.

12 L'interazione dei campi esterni con l'organismo umano si traduce in un assorbimento di energia elettromagnetica nei tessuti, che viene dissipata sotto forma di calore.

In proposito pare opportuno citare il giudizio espresso dall'OMS nell'ambito del Progetto Internazionale CEM [13] la cui attività scientifica è condotta e guidata dall'ICNIRP[14], organizzazione non governativa formalmente accreditata dall'OMS, la quale ha prodotto, nel 1998, le Linee Guida per la limitazione dell'esposizione umana a tutti i campi elettrici e magnetici, basandosi sugli studi di ricerca sino ad allora condotti e sui risultati dagli stessi ottenuti, in termini di certezza. L'Organizzazione Mondiale della Sanità, nel Promemoria 183, "Campi elettromagnetici e salute pubblica. Effetti sanitari dei campi a radiofrequenza", redatto nell'ambito del "Progetto Internazionale Campi Elettromagnetici", curato dall'ICNIRP, con riguardo agli effetti derivanti dall'esposizione a onde elettromagnetiche

13 Nel maggio '96, in risposta alla crescenti preoccupazioni, l'OMS ha avviato un progetto internazionale per valutare gli effetti sanitari e ambientali dell'esposizione ai campi elettrici e magnetici noto come *Progetto Internazionale Cem.* Esso, della durata prevista di cinque anni, avvalendosi delle risorse disponibili nelle principali organizzazioni scientifiche nazionali e internazionali, studia e si propone di definire i principali rischi sanitari della esposizione ai campi elettrici, statici e variabili, nell'intervallo di frequenza 0-300GHz. Questo intervallo comprende i campi statici (0 Hz), i campi ELF (>0 - 3 Hz) e i campi RF (300Hz - 300GHz). Il progetto è supportato da: Commissione europea, la Commissione Elettrotecnica Internazionale (IEC), l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO), l'Unione Internazionale delle Telecomunicazioni (UTI), la NATO e il Programma per l'Ambiente delle Nazioni Unite (UNEP).

14 International Commission for Non-Inonizing Radiation Protection, creata nel maggio 1992, durante l'ottavo Congresso internazionale dell' IRPA.

originate da stazioni radio base, ha concluso che "*una revisione dei dati scientifici svolta dall'OMS nell'ambito del progetto internazionale Cem ha concluso che sulla base della letteratura attuale, non c'è nessuna evidenza convincente che l'esposizione a radiofrequenze abbrevi la durata della vita umana, né induca o favorisca il cancro*" (disponibile sul sito www.who.int/peh-emf). Tale valutazione è stata, di recente, confermata dall'OMS nel Promemoria n. 193 "Campi elettromagnetici e salute pubblica. I telefoni cellulari e le loro stazioni radio base", pubblicato sul sito www.who.int/peh-emf, nel quale si afferma che "*tutti gli effetti sanitari accertati dei campi a radiofrequenza sono chiaramente legati al riscaldamento. A livelli che sono troppo bassi per produrre un qualunque riscaldamento significativo, l'energia a radiofrequenza può ancora interagire con i tessuti corporei, ma nessuno studio ha dimostrato effetti negativi sulla salute per livelli di esposizione che siano inferiori ai limiti raccomandati dalle linee guida internazionali".* Più in particolare, quanto al rischio di cancerogenesi, si legge nello stesso documento che *"l'evidenza scientifica attuale indica che l'esposizione a campi a radiofrequenze quali quelli emessi da telefoni cellulari e dalle stazioni radio base non inducono o favoriscono, verosimilmente, il cancro".*

Fatte queste premesse è necessario precisare che la materia trova la sua regolamentazione in Italia nella legge n. 36 del 14 febbraio 2001, "Legge quadro sulla

protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici", la quale si propone di assicurare la tutela della salute, dell'ambiente e del paesaggio dall'emissione di onde elettromagnetiche e di promuovere la ricerca scientifica per la valutazione degli effetti di lungo termine derivanti dall'esposizione ai campi elettromagnetici. Essa disciplina gli impianti, sistemi ed apparecchiature che producono campi elettrici e magnetici ed aventi frequenze che vanno da 0 Hz e 300 GHz; si riferisce, inoltre, agli elettrodotti ed agli impianti radioelettrici, compresi le stazioni radio base per telefonia mobile, i radar e gli impianti fissi per radiodiffusione.

La legge, all'art. 4, comma secondo, prevede che limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità, nonché le tecniche di misurazione e rilevamento dell'inquinamento elettromagnetico devono essere determinati, per la popolazione, tramite decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente, di concerto con il Ministro della sanità, sentiti il Comitato interministeriale per la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento elettromagnetico (istituito con la stessa legge) e le competenti Commissioni parlamentari. In attuazione della norma citata, il DPCM 8 luglio 2003 ha fissato i limiti di esposizione, i valori di attenzione prevedendo che "ai fini della progressiva minimizzazione della esposizione ai campi

elettromagnetici, i valori di immissione dei campi oggetto del presente decreto, (…) non devono superare determinati valori indicati nella tabella 3 dell'Allegato B.
Si tratta di limiti che, come ricordato dal Giudicante nella pronuncia del Tribunale di Caltanissetta, sono inferiori a quelli raccomandati dalla Unione Europea e dal Comitato Internazionale sulla protezione dalle radiazioni non ionizzanti (ICNIRP) e che rispecchiano "*una scelta legislativa certamente più garantista e rispettosa del principio di precauzione*".

L'ultima pronunzia che si commenta (**TAR Sicilia, Sezione di Palermo, sent. n. 842/08 del 24 giugno 2008**) ha deciso sul ricorso presentato da organizzazioni di imprenditori e di consumatori, da alcune imprese operanti nel centro cittadino di Palermo e da singoli cittadini proprietari di automezzi avverso le ordinanze sindacali con le quali è stata regolamentata la circolazione veicolare all'interno delle due zone a traffico limitato già istituite nel centro abitato della città previa imposizione dell'obbligo di dotare i veicoli ammessi alla circolazione in dette zone di appositi contrassegni di individuazione da rilasciarsi a pagamento. I ricorrenti hanno lamentato l'illegittimità dei provvedimenti impugnati in quanto, in violazione dell' art. 7, co. 9, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della strada) e della prescritta direttiva ministeriale emanata con Circolare 21 luglio 1997 n.

3816, hanno introdotto il censurato meccanismo di tariffazione degli accessi alle ZTL in assenza del prescritto Piano Urbano del Traffico; hanno ulteriormente dedotto l'incompetenza del Sindaco a determinare le tariffe di rilascio dei pass per l'accesso alle ZTL, trattandosi di competenza consiliare o della giunta municipale e l'eccesso di potere per non essere state adeguatamente studiate e valutate le conseguenze delle misure adottate con riferimento al dichiarato intento di contenere la presenza di sostanze inquinanti nell'aria nè concordato il loro impatto sulle attività socio-economiche cittadine.

Il Tribunale ha ritenuto di accogliere il ricorso ritenendo che, sebbene le ordinanze censurate rechino nelle loro premesse la ripetuta citazione dell'art. 7, comma 1, lettere a) e b), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 – norma che autorizza il Sindaco all'adozione di misure di limitazione del traffico veicolare a tutela della salute pubblica che è stata specificamente richiamata anche dall'art. 3 l. n. 413/1997 in tema di prevenzione dell'inquinamento atmosferico, esse in realtà devono essere ricondotte, tra quelle specificamente previste dal successivo comma 9 del medesimo articolo, in virtù del quale "*I comuni possono subordinare l'ingresso o la circolazione dei veicoli a motore, all'interno delle zone a traffico limitato, anche al pagamento di una somma. Con direttiva emanata*

dall'Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale entro un anno dall'entrata in vigore del presente codice, sono individuate le tipologie dei comuni che possono avvalersi di tale facoltà, nonché le modalità di riscossione del pagamento e le categorie dei veicoli esentati."

L'Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale, come anticipato, ha diramato la direttiva con la citata circolare 21 luglio 1997, n. 3816, e ha prescritto che i Comuni, per poter subordinare al pagamento di una somma l'accesso o la circolazione dei veicoli a motore nelle ZTL, devono aver istituito una ZTL (zona a traffico limitato) ai sensi dell'art. 7, comma 9 del Codice della strada; aver adottato il Piano urbano del traffico ai sensi dell'art. 36 del Codice della strada e aver introdotto la tariffazione degli accessi alla ZTL all'interno del Piano urbano del traffico, avendo verificato che tale provvedimento si rende effettivamente necessario per il raggiungimento degli obiettivi del Piano urbano del traffico, dandone opportuno rilievo nella relazione che accompagna il Piano medesimo.

L'adozione di un provvedimento di tariffazione senza la previa approvazione di un Piano urbano del traffico è consentita soltanto nel caso della c.d. tariffazione sperimentale (parimenti prevista dalla citata direttiva ministeriale), approvata unicamente per

un periodo non superiore ad un anno, a condizione che nella relazione tecnica che deve accompagnare il progetto di tariffazione siano precisati gli obiettivi ed i relativi criteri di verifica. Nel caso di specie il Collegio ha ritenuto, nonostante la diversa prospettazione del Comune resistente, che non si versasse in tale fattispecie e ciò in quanto, "*se pure le ordinanze recano effettivamente una clausola relativa ad un loro carattere sperimentale, tale clausola attiene alla modificabilità della disciplina di dettaglio della regolamentazione degli accessi e dei requisiti di rilascio dei pass e non alla durata della stessa regolamentazione che invece, in assenza di alcun termine di efficacia e proprio in ragione della ricordata previsione di rinnovo dei pass alle scadenze previste per ciascuna categoria, appare avere carattere tendenzialmente permanente*".

*****

I. Corte di Appello di Caltanissetta, decreto 17 aprile 2002, Maglienti A. (Avv.ti A Palmigiano e U. Cascino) c. Ministero della Giustizia (Avv. dello Stato), Giudice D'Orazi

Sono risarcibili i danni patrimoniali e non patrimoniali (nella specie il danno morale) causati dalla ingiustificata ed eccessiva durata del processo causata dai rinvii dovuti a motivi non imputabili alle parti ed ai loro difensori. E' solo a tale periodo, e non all'intera durata del processo, che deve farsi riferimento per stabilire la sussistenza del danno.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO DI CALTANISSETTA
Sezione Equa Riparazione

composta dai magistrati:
dr. Ornella D'Orazi Presidente rel.
dr. Sergio De Nicola Consigliere
dr. Eduardo Vullo Consigliere
riunita in camera di consiglio, ha pronunciato il seguente

DE C R E T O

Nel procedimento iscritto al n. 66/2001 R. cam. cons.

Promosso da

Maglienti Antonio, rapp.to e difeso dall'Avv. A. Palmigiano ed ed elett.te dom.to presso lo studio dell'avv. U. Cascino in Caltanissetta, Viale della Regione n.97

RICORRENTE

Nei confronti di

Ministero della Giustizia, rapp.to e difeso dall' Avvocato dello Stato

CONVENUTO

Letto il ricorso ex art. 2 L. 24/3/2001 n. 89 depositato il 30 ottobre 2001 da Maglienti Antonio, volto ad ottenere la condanna del Ministro della Giustizia al pagamento "di un equo indennizzo del danno", quantificato nella somma di L.10.000.000, dallo stesso subito a causa del ritardo nello svolgimento della causa civile iscritta al n. 388/ 1993 Ruolo Generale del Tribunale di Palermo;
letta la memoria di costituzione del Ministero convenuto,

OSSERVA

il ricorrente deduce che la causa, da lui introdotta con atto notificato il 3/5/1993 per ottenere nei confronti delle due sorelle la divisione dei beni ereditati per successione dai genitori, tuttora pendente, ha avuto una durata eccessiva a causa dei rinvii dovuti a motivi non imputabili alle parti e ai loro difensori.
Dalla ingiustificata lungaggine del processo è derivato al ricorrente il danno morale, consistito nel disagio e nei continui conflitti con le sorelle e il danno patrimoniale, consistito non solo nell'aver sostenuto le spese legali per l'intera durata del giudizio ma anche nel non aver potuto disporre dei beni in comunione e quindi nella perdita di utilità degli stessi.
Ciò posto, ad avviso della Corte i tempi lunghi del processo civile promosso dal ricorrente vanno stigmatizzati negli ultimi due anni di rinvii determinati dalla mancata attività del C.T.U. al

quale all'udienza del 17/2/1998 era stato dato mandato di convocare le parti per tentare la conciliazione.
Si legge, dai verbali delle cause delle udienze del 7/4/1998, 30/6/1998, 3/11/1998, 9/2/1999, 20/7/1999, 16/11/1999 e 2/5/2000 (dell'udienza del 29/2/1999 non si tiene conto perché il difensore del Maglienti non era presente) che la causa è stata ogni volta rinviata per mancato assolvimento da parte del C.T.U. del mandato ricevuto.
E' esclusivamente a questo periodo di tempo che può farsi riferimento per stabilire l'eventuale sussistenza del danno, in quanto per il periodo precedente, pur essendo vero che per due volte il difensore del Maglienti chiese rinvio per la precisazione delle conclusioni (alle udienze del 19/1/1996 e dell'8/7/1997), è altrettanto vero che lo stesso difensore, all'udienza del 16/12/1997, richiese un supplemento di perizia, contraddicendo in tal modo il precedente comportamento e la precedente valutazione sullo stato della causa.
Avuto riguardo soltanto al periodo di ritardo di circa due anni e tenuto conto della veste di attore del Maglienti nel giudizio ancora in corso, della impossibilità per lo stesso di disporre dei beni ancora in divisione e della prevedibile esistenza di contrasti familiari in ragione della pendenza della controversia, si ritiene equo liquidare a titolo di danni patrimoniali e non patrimoniali, la somma di euro 2.500,00.
Le spese del giudizio seguono la soccobenza e si liquidano come da dispositivo

P.Q.M.

La Corte definitivamente pronunciando, in accoglimento della domanda proposta da Taglienti Antonio, condanna il Ministero della Giustizia al risarcimento del danno dallo stesso subito, danno che liquida in € 2.500.
Condanna il Ministero a pagare le spese del giudizio che liquida in € 1.291,14 di cui € 774,69 per onorari e € 464,81 per diritti.
Caltanissetta, 11 aprile 2002

La Corte di Appello con ordinanza in data 21 maggio 2003 depositata il 22.5.2003, letti gli artt. 287 e 288 c.p.c. ordina la correzione dell'errore materiale contenuto nel decreto pronunciato in data 11.-17 aprile 2002 nella causa n. 66/2002 R.C.C. Equa riparazione nel senso laddove è scritto Taglienti debba invece leggersi Maglienti.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO DI CALTANISSETTA
Sezione Civile

composta dai magistrati
dott.Ornella D'Orazi Presidente rel.
dott. Eduardo Vullo Consigliere
dott. Francesco Provenzano Consigliere
ha pronunciato la seguente
ORDINANZA
Nel procedimento per correzione materiale iscritto al n. 4/2003 R. cam cons.
Promosso da
Maglienti Antonio, Avv. A. Palmigiano e U. Cascino

Oggetto: correzione errore materiale.
letta l'istanza depositata il 14 maggio 2003 da Maglienti Antonio, volta ad ottenere la correzione dell'errore contenuto nella parte dispositivo del decreto pronunciato da questa Corte in data 11/17 aprile 2002 nella causa n. 66/2001 R.Cam cons. Equa Riparazione, ritenuto, che per mero errore materiale la Corte ha indicato nella parte del dispositivo il nominativo Taglienti anzicchè quello di Maglienti;
che, pertanto, il provvedimento deve essere corretto nel senso che laddove è indicato il nome Taglienti deve essere letto il nome Maglienti;

P.Q.M.

Letti gli artt. 287 e 288 c.p.c.;
ordina la correzione dell'errore materiale contenuto nel decreto pronunciato da questa Corte in data 11/17 aprile 2002 nella causa n. 66/2002 R.Cam Cons. Equa Riparazione nel senso che laddove è scritto Taglienti debba invece leggersi Maglienti.
Dispone l'annotazione della presente ordinanza sull'originale del decreto.
Caltanissetta, 21 maggio 2003

*****

II. Tribunale di Palermo, ordinanza 31 dicembre 2003, Sarno L. e Viola V. (Avv. Alessandro Palmigiano) c. Ministero dell'Interno (Avvocatura dello Stato), Giudice Laudani

Esiste la potenzialità lesiva del diritto alla salute da parte degli impianti emittenti onde elettromagnetiche qualora sia accertata l' idoneità al superamento dei valori limite di emissione previsti dalla legge per i campi elettromagnetici prodotti da impianti radiotrasmittenti.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
Terza Sezione Civile

ORDINANZA

Nel procedimento civile n. 1585/02 R.G., promosso da SARNO LUCIO E VIOLA VINCENZO Rappresentati e difesi dagli avv. Alessandro e Gaetano Palmigiano

RICORRENTI

Contro

MINISTERO DEGLI INTERNI, in persona del Ministro pro tempore rappresentato e difeso dall'Avvocatura della Stato

RESISTENTE

OGGETTO: ricorso ex art. 700 c.p.c.

Ritenuto sussistente il *fumus boni iuris* del diritto invocato;

atteso infatti che dalle rilevazioni effettuate dal Centro di Ricerche Sistemi Elettrici di Potenza del C.N.R. è emerso il superamento dei valori limite del

campo elettrico sanciti dal decreto ministeriale n. 381 del 10/9/98;
rilevato che il C.T.U. nominato nel contraddittorio delle parti ha accertato l'idoneità delle antenne in oggetto al superamento dei suddetti limiti, nonostante dalle rilevazioni eseguite tale superamento non sia stato riscontrato in concreto;
considerato che tale ultima circostanza non incide sulla potenzialità lesiva della apparecchiature in questione nei confronti del diritto alla salute, costituzionalmente garantito in via assoluta e primaria;
atteso infatti che lo stesso C.T.U. ha precisato che le suddette rilevazioni evidenziano il mancato utilizzo e/o il limitato utilizzo delle apparecchiature, che potrebbero in ogni momento essere attivate;
atteso che il Ministro resistente non ha ritenuto di fornire alcun chiarimento in ordine al concreto ed attuale utilizzo delle antenne ed alla loro effettiva potenza;
considerato, che il C.T.U. non ha individuato valide alternative alla dismissione degli impianti, che comportino una effettiva tutela del diritto azionato, a maggior ragione ove si consideri che non si conosce l'effettivo stato ed utilizzazione dell'impianto;
atteso infatti che il distanziamento delle antenne dalla proprietà dei ricorrenti dovrebbe effettuarsi sia orizzontalmente che in altezza, posizionando le stesse su un traliccio dell'altezza di 15 metri, in contrasto con il regolamento comunale in materia;
atteso inoltre che a tale misura sarebbe necessario cumulare una limitazione di potenza complessiva di tutte le antenne omnidirezionali di 300 W;

considerato tuttavia che il C.T.U. ha evidenziato come la potenza massima delle apparecchiature può essere variata in ogni momento, sia regolando quelle esistenti, sia con eventuali sostituzioni con altre antenne dello stesso tipo e dimensioni, di modo che sarebbe percepibile solo con ulteriori rilevazioni del campo EM, attraverso gli esami strumentali e specialistici effettuati nel presente procedimento;

ritenuto, alla luce delle superiori considerazioni, che l'unica misura realmente idonea a tutelare il diritto dei ricorrenti è costituita dalla dismissione delle antenne omnidirezionali e dalla inibizione di puntare le antenne direzionali verso l'area di pertinenza dei ricorrenti;

considerato, peraltro, che il Ministero resistente nella propria difesa (esplicata solo alla prima udienza di comparizione e non coltivata successivamente, eccezion fatta per la mera presenza ad un'altra udienza nel corso di tutto il procedimento) non ha addotto alcun interesse pubblico ostativo o quanto meno interferente con il diritto di natura privatistica azionato dai ricorrenti;

atteso che le spese vanno liquidate all'esito del giudizio di merito;

P.Q.M.

Ordina al Ministero degli Interni, in persona del Ministro *pro tempore*, la dismissione delle antenne omnidirezionali esistenti sul tetto del palazzo della Questura confinante con la terrazza di proprietà di Sarno Lucio e meglio descritte in ricorso;

inibisce al Ministero medesimo di puntare l'asse delle antenne direzionali ivi esistenti verso la suddetta terrazza;

assegna alle parti il termine di trenta giorni dalla comunicazione della presente ordinanza per l'instaurazione del giudizio di merito.
Palermo, 29 dicembre 2003
Il Giudice Delegato Marinella Laudani

*****

III. Tribunale di Palermo, ordinanza 10 marzo 2004, Ministero dell'Interno - Questura di Palermo (Avvocatura dello Stato) c. Sarno L. e Viola V. (Avv. Alessandro Palmigiano), Pres. Monteleone, Giudice rel. De Gregorio, Giudice Cosentino

Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario il quale può condannare la p.a. ad un facere quando il comportamento perseguito della medesima non si ricolleghi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi, ma si concreti in una mera attività materiale (collocamento di antenne) lesiva di diritti soggettivi.

La tutela giudiziaria del diritto alla salute in confronto della p.a. può essere preventiva e dare luogo a pronunce inibitorie cautelari (aventi ad oggetto la rimozione delle antenne), se venga accertata l'idoneità degli impianti emittenti onde elettromagnetiche al superamento dei limiti stabiliti dalla legge 36 del 2001 e dal D.I. n.381 del 1998 (oggi D.P.C.M. 8 luglio 2003), pur in assenza di una concreta violazione di tali prescrizioni nel corso del procedimento cautelare.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
Terza Sezione Civile

Riunito in Camera di consiglio e composto dai Sigg.ri Magistrati

Dott. Angelo Monteleone	Presidente
Dott. Giuseppe De Gregorio	Giudice rel.
Dott. Fabio Casentino	Giudice

Ha emesso la seguente

ORDINANZA

sul reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. depositato in data 02/2/2004 da Ministero dell'Interno — Questura di Palermo (Avvocatura dello Stato), avverso l'ordinanza ex art. 700 c.p.c. dei 29-31.12.2003, nel procedimento cautelare n° 1585/2005 R.G. promosso dalla Sarno Lucio e Viola Vincenzo (avv. Alessandro Palmigiano) nei confronti dell'odierno reclamante.

Letti gli atti e sciogliendo la riserva assunta all'udienza in Camera di Consiglio del 13.2.2004, osserva:

il reclamo del Ministero dell'Interno (di seguito MINISTERO) è infondato, per quanto appresso specificato.

Preliminarmente, è da disattendere la eccezione dei resistenti di intempestività della proposizione del suddetto reclamo.

Al proposito è bene sottolineare che il termine "breve" di cui all'art. 739, 2° comma, c.p.c. (che si applica anche ai reclami cautelari, giusto il rinvio operatovi dall'art. 669 terdecies c.p.c.) - e cioè il termine di dieci giorni "dalla notificazione" (se il provvedimento reclamando "è dato in confronto di più parti") - opera esclusivamente nell'ipotesi in cui

medesimo sia stata eseguita la notificazione su istanza di una delle parti: non anche, invece, allorquando la comunicazione-notificazione sia avvenuta ad opera, o su istanza, del cancelliere (che, in tal caso, opererà il termine "lungo" di cui all'art. 327 c.p.c., la previsione del quale ha portata generale).

Il principio citato, invero, è stato affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza del 29 aprile 1997 (n. 3670), in cui si legge che "la notificazione del provvedimento è idonea a far decorrere il termine di dieci giorni per la proposizione del reclamo, unicamente quando sia stata effettuata ad istanza di una delle parti".

Nella specie, non consta – nemmeno in termini di mera allegazione – che l'ordinanza reclamata sia stata oggetto di una notificazione ad impulso di parte: l'unica notificazione che risulta essere stata eseguita è stata infatti disposta dalla cancelleria di questo Tribunale, sicché il citato termine di dieci giorni non è mai stato operante.

Sempre in linea preliminare, va pure disattesa l'eccezione da ultimo proposta (anzi, meramente accennata, nel corso della discussione di cui alla udienza innanzi al Collegio del 13 febbraio 2004) dal Ministero, di difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario. Premesso che l'Avvocatura non ha nemmeno sommariamente indicato i presupposti del dedotto difetto, per la risoluzione della questione è necessario inquadrare il merito della controversia, e cioè essenzialmente quali sono le condotte denunziate e la tutela richiesta.

E sin dal ricorso introduttivo, Lucio Sarno e Vincenzo Viola, quali proprietari degli immobili siti all'ultimo piano dello stabile del cittadino corso Vittorio Emanuele n. 492, confinante con la parte

retrostante degli edifici dove sono ubicati gli uffici della Questura, in Piazza Vittoria n. 8, deducevano che sul tetto di quest'ultimo palazzo sono installate stazioni radio base, con numerosissime antenne, poste a pochi metri di distanza dalla terrazza di proprietà del Sarno e dall'appartamento del Viola.
Affermando la elevata pericolosità di tali antenne (con emissione di onde elettromagnetiche ben al di sopra dei limiti di legge), potenzialmente foriere di gravissimi danni ai ricorrenti e alle loro famiglie, chiedevano l'eliminazione delle stesse, o, in subordine l'adozione di opportuni accorgimenti atti a fare cessare il superamento del limite consentito per le emissioni. Nulla veniva aggiunto dalla difesa erariale che – con difesa assai scarna, in verità – si limitava a contestare genericamente le avverse pretese e a chiederne il rigetto.
Ora, allorchè la domanda trovi fondamento in un comportamento meramente materiale della p. a. (in questo caso, posizionamento delle antenne: senza che la resistente-odierna reclamante abbia mai fatto riferimento a provvedimenti che disponessero la collocazione, né precisato esattamente tutti gli usi cui dette sono adibite) lesivo di diritti soggettivi, questa può essere condannata ad un facere, non ritenendosi operanti, in tale circostanza, i limiti ai poteri del giudice ordinario di cui all'art. 4, l. n. 2248 del 1865, all. E.
In altri termini, ed anche a mente delle previsioni della legge 205 del 2000 (sul riparto di giurisdizione) sussiste la giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della p.a. proprio quando il comportamento perseguito dalla medesima non si ricolleghi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa

spettanti (di fronte ai quali le posizioni soggettive del privato hanno natura non di diritto soggettivo, bensì di interessi legittimi, tutelabili, quindi, davanti al giudice amministrativo), ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale, disancorata e non sorretta da atti o provvedimenti amministrativi formali.

Ne consegue che solo ove dette azioni siano proposte in relazione a comportamenti attuati in esecuzione di poteri pubblici o comunque di atti amministrativi, va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario (cfr. Cassazione civile, sez. un., 17 aprile 2003, n. 6189): circostanza, quest'ultima, neppure dedotta nel caso di specie.

Venendo al merito, va in primis evidenziato che le questioni in tema di antenne, elettrosmog e danno alla salute vanno risolte alla luce della Legge quadro sulla protezione da esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici n. 36 del 22.02.2001 (pubblicata in G.U. 55 del 7/3/2201), come peraltro già evidenziato dalle parti. In ordine ai limiti di esposizione, l'art. 4, comma II, lett. a) di tale legge rinvia ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ora entrato in vigore: trattasi del Dpcm del 18 luglio 2003 (pubblicato su G.U. n. 199 del 28/8/2003), in cui i limiti di esposizione e valori di attenzione (art. 3, II comma, Dpcm in esame, e relativa tabella) ricalcano le disposizioni di cui al Decreto Interministeriale n. 381/98 - Regolamento recante norme per la determinazione dei tetti di radiofrequenza compatibili con la salute umana - emanato in attuazione della delega contenuta nell' art. l, comma 6, lett. a), n. 15, della legge 249/ 1979.

In particolare, l'art. 4, II comma, del Decreto interministeriale citato prevede che, in corrispondenza di edifici adibiti a permanenze non inferiori a quattro ore, non devono essere superati i seguenti valori, indipendentemente dalla frequenza: 6 V/M per il campo elettrico, 0,0 16A/m per il campo magnetico e per le frequenze comprese tra 3 mhz e 300 ghz, 0,10 W/m^2 per la densità di potenza; come detto, questi valori di attenzione sono oggi riproposti nel Dpcm attuativo della legge quadro (segnatamente, alla tabella 2 del decreto).
Dal provvedimento impugnato emerge che: 1) dalle rilevazioni effettuate dal Centro di ricerche sistemi elettrici di potenza del C.N.R. - Università di Palermo (organo particolarmente qualificato, e della cui attendibilità non è dato dubitare) risulta accertato il superamento dei valori di attenzioni, e per percentuali elevatissime (alcune rilevazioni hanno dato conto di valori superiori del 200% di quelli massimi: cfr. relativa documentazione prodotta dai ricorrenti in prime cure); 2) la CTU espletata non ha dato conto di tale superamento, ma emerge dall'elaborato del CTU che le potenzialità dell'impianto sono tali da consentire facilmente il superamento dei valori di attenzione; 3) è certa, e documentata dalle fotografie in atti, la particolare vicinanza delle antenne (ivi comprese quelle definite dal CTU come omnidirezionali, ovvero quelle la cui potenzialità di segnale può interessare i locali dei ricorrenti) dalle abitazioni tanto di Sarno che di Viola; 4) la parte resistente non in alcun specificato e documentato se e quali antenne sono effettivamente indispensabili per le attività d'Istituto; 5) nessuno degli accorgimenti tecnici adottabili è tale da scongiurare il pericolo di inquinamento atmosferico ad eccezione della

rimozione delle antenne (ovvero dalla sostituzione delle stesse, e magari dalla allocazione in punti maggiormente distanti dalle abitazioni).
Ciò posto, le doglianze del Ministero si incentrano, essenzialmente, sull'assenza di *periculum*, contestando che l'astratta idoneità delle apparecchiature a superare i limiti elettromagnetici potesse condurre all'accoglimento della pretesa cautelare.
Ed in ogni caso, deduce : la regolarità degli impianti, anche in ragione di misurazione disposte dalla Unità Sanitaria Locale; la particolare rilevanza degli stessi, destinati all'espletamento del servizio pubblico cui è preordinata l'attività della Questura.
Per affrontare compiutamente le questioni poste al vaglio del Collegio, va premesso che la tutela cd. anticipatoria, quale quella chiesta e accordata nel caso di specie (laddove, cioè, il contenuto del provvedimento cautelare è idoneo ad anticipare in toto gli effetti della decisione di merito) rappresenta uno degli strumenti cautelari vigenti nel nostro ordinamento, accanto ai provvedimenti cautelari conservativi. Tale distinzione, nata in dottrina, ha avuto l'esplicito avallo del legislatore della riforma del diritto processuale societario, laddove gli artt. 23, co. 1° e 5°, e 24, co. 4°, del D.lvo 5/2003, attribuiscono appunto rilevanza alla distinzione, finora meramente teorica, tra provvedimenti cautelari anticipatori e provvedimenti cautelari conservativi, in funzione della sopravvivenza degli effetti dei medesimi nel caso in cui il giudizio di merito non sia instaurato o si estingua; dette ipotesi estreme (provvedimenti d'urgenza totalmente anticipatori della pronuncia di merito), oltre che nella prassi giurisprudenziale, si

intravedono anche in talune norme sostanziali, come ad esempio nei casi previsti dall'art. 1469 sexies c.c.

Ciò detto, è evidente che per potersi adottare un provvedimento tanto incisivo sulle posizioni giuridiche soggettive in considerazione, queste ultime devono essere vagliate attentamente, e il bilanciamento di interessi deve essere tale per cui rispetto ad un gravissimo pericolo può giustificarsi l'adozione di una cautela estrema.

Tornando proprio alla tematica dell'inquinamento atmosferico da elettrosmog (o, secondo altra interpretazione, delle immissioni di campi elettromagnetici), non può sottacersi che il vaglio del Decidente deve essere quanto mai rigoroso, nell'ottica della tutela del bene salute cui la normativa di riferimento è preordinata. Non è un caso, difatti, che la legge quadro 36 del 2001 sia intitolata "sulla protezione da esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici", a riprova della necessità di proteggere la popolazione dalle immissioni moleste; che il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sia stato adottato all'esito di una istruttoria in cui sono intervenuti il Ministro della Salute e il Comitato internazionale di valutazione per l'indagine sui rischi sanitari derivanti dall'esposizione ai campi elettromagnetici; che oggetto della normativa sono gli impianti per qualsiasi uso, civile, militare e di forza di polizia, a riprova della particolare pregnanza che viene assegnata alla salute anche rispetto ad altri valori primari della collettività (quali la sicurezza pubblica, la sicurezza nazionale etc.). Ed i limiti adottati nascono dai risultati raggiunti dalla comunità scientifica sugli effetti acuti e cronici dell'esposizione, valorizzando comunque le ancora

insoddisfacenti (dal punto di vista quantitativo) conoscenze mediante una scelta di cautela (adottando, cioè, criteri rigorosi, che possano attenuare al massimo il rischio di esposizioni pericolose).
In tema di competenza, la legge del 2001 ha attribuito (art. 4 ult. comma), ai comuni il potere di adottare un regolamento per "assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici".
La legge quadro si conclude, poi, con la previsione di apposite sanzioni amministrative - salvo che il fatto non costituisca reato - per coloro che superino i limiti di esposizione e di attenzione fissati mediante decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, nonché non rispettino le caratteristiche tecniche degli impianti e la localizzazione dei tracciati (art. 15 comma 1 e 2).
Ad esse si applica poi la sanzione accessoria ed obbligatoria - in caso di inosservanza delle prescrizioni previste ai fini della tutela dell'ambiente e della salute - della sospensione degli atti autorizzatori accordati ed in caso di recidiva quella della revoca degli atti suddetti (art. 15 comma 4).
Significativa è, infine, la previsione in base alla quale per le sanzioni pecuniarie previste dalla legge quadro non è ammesso il pagamento in misura ridotta ai sensi dell'art. 16 l. 24 novembre 1981 n. 689 (art. 15 comma 7).
A fronte di tale quadro normativo e degli obiettivi perseguiti dal Legislatore, vanno poi letti taluni arresti giurisprudenziali, volti appunto a tale massimizzazione della tutela. Particolarmente importante, per il caso in esame, risulta la

pronuncia del Supremo Collegio n. 9893/2000, per cui la tutela giudiziaria del diritto alla salute in confronto della p.a. può essere preventiva e dare luogo a pronunce inibitorie se, prima ancora che l'opera pubblica venga messa in esercizio nei modi previsti, sia possibile accertare, considerando la situazione che si avrà una volta iniziato l'esercizio, che nella medesima situazione è insito un pericolo di compromissione per la salute di chi agisce in giudizio (nel caso affrontato, veniva in rilievo la costruzione di un elettrodotto a distanza di circa 30 metri da un'abitazione, il cui proprietario chiese che fosse accertata la pericolosità dell'opera ed il danno derivante alla salute per l'esposizione ai campi elettromagnetici).

Nel caso dell'immobile della Questura, emerge dalla CTU espletata che quelle contestate sono antenne che producono onde elettromagnetiche cd. ad alta frequenza, che si irradiano nell'ambiente circostante sia sul piano orizzontale che su quello verticale. E sulla base delle attuali conoscenze scientifiche, a distanza dalla sorgente, i campi elettromagnetici si distribuiscono su superfici sempre più ampie, e l'intensità di essi diminuisce man mano che essi si propagano (cfr. relazione del CTU).

Dunque, è evidente che la concentrazione massima delle radiazioni si ha appunto nei luoghi immediatamente vicini alle antenne, quali le abitazioni Sarno e Viola, posizionate a ridosso dell'edificio della Questura, e a pochi metri da esso.

Tornando all'elemento del *periculum*, tre sono le valutazioni che consentono di confermare il provvedimento impugnato.

1) La prima nasce proprio dalle considerazioni che emergono dalla CTU: se è vero, come peraltro

invocato dalla difesa erariale, che l'esperto nominato dal Giudice non ha registrato alcun superamento dei valori di legge, è pur vero che questi ha sottolineato l'idoneità degli impianti a tale superamento. In altre parole, è emerso che le antenne in uso alla Questura potenzialmente possono superare i valori di cui (oggi) al Dpcm luglio 2003.

2) Il CTU ha quindi confermato che i risultati del Ce.Ri.S.E.P. – CNR dell'Università di Palermo sono veritieri, nel senso della idoneità di quegli impianti a raggiungere quegli enormi valori registrati prima dell'instaurazione del contraddittorio. E' dunque evidente che quei risultati, non precisamente e inequivocabilmente contestati dal Ministero, sono attendibili, e confermano l'assunto dei resistenti, secondo cui il pericolo non è meramente astratto, ma concreto. 3) Il Ministero non ha prodotto alcun documento, atto autorizzativo, certificato tecnico, etc., dal quale desumere la piena conformità degli impianti ai requisiti di legge. Ma vi è di più: non ha documentato in alcun modo che sia stato seguito l'iter amministrativo-sanitario (limitandosi ai dire che la USL 6 ha eseguito delle misurazioni, senza specificare quando, a che titolo, etc.) normativamente imposto (anche dalla legge 36/2001, per quanto dinanzi ricordato) prima dell'installazione di antenne omnidirezionali ad alta frequenza, quali quelle posizionate sui tetti dell'edificio della Questura.

In definitiva, potendosi inquadrare la fattispecie in esame nell'alveo dell'art. 844 c.c. sulle cd. immissioni intollerabili (tali potendosi considerare, ormai per costante interpretazione, anche quelle non direttamente percepibili dai sensi dell'essere umano, ma comunque potenzialmente lesive per la

sua salute: cfr., per tutte, Cassazione SS.UU. 15 ottobre 1999 n° 10186), il superamento dei valori imposti dalla Legge, con attività che risulta essere meramente materiale da parte dell'Amministrazione, in uno al sostanziale silenzio della reclamante su quest'ultimo profilo, non possono che condurre alla conferma dell'impugnata ordinanza, anche in punto di statuizione sulle spese di lite – che, ai sensi dell'art. 669 septies c.p.c. vanno liquidate solo in caso di provvedimento ante causam di diniego -.

P. Q. M.

Visti gli artt. 669 terdecies e 700 c.p.c.;
Ogni contraria istanza, eccezione e difesa disattese;
rigetta il reclamo proposto da Ministero dell'Interno avverso l'ordinanza del G. D. del Tribunale di Palermo resa in data 29-31/12/2003, che per l'effetto conferma.
Così deciso in Palermo nella Camera di Consiglio della III Sezione Civile del 20/2/2004.

*****

IV. Tribunale di Palermo, sentenza 13 dicembre 2005, M.G. c. Marcos S.r.l., Giudice Ruvolo

Il fideiussore che rilascia una garanzia in favore di una società della quale è amministratore non è considerato consumatore e non può godere della speciale tutela approntata in tema di foro territoriale esclusivo sancita dall'art. 1469 bis n. 19 c.c., ponendo in essere un atto di natura, sostanzialmente, imprenditoriale.

Lo status di consumatore va invece giudizialmente riconosciuto tutte le volte che la garanzia rilasciata in favore di un professionista provenga da persona

che non partecipa, né in modo diretto, né indirettamente, all'attività imprenditoriale cui si riferisce il credito garantito.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO

(Omissis)

Il ricorso per sequestro giudiziario proposto non merita di essere accolto. Con tale ricorso il M. esponeva che: 1) in data 27 ottobre 2003 veniva stipulato tra la MAR.COS s.r.l. e la Super Rifle S.p.A. un contratto estimatorio relativo ad articoli ed accessori per l'abbigliamento contrassegnati dal marchio Rifle da rivendere presso il punto vendita di Palermo della MAR.COS s.r.l.; 2) che dopo il rilascio di una polizza assicurativa e di una polizza fideiussoria la resistente invitava la Mar.cos. s.r.l. a rilasciare ulteriori garanzie dell'esatto adempimento contrattuale e che tra queste rientrava anche l'assegno bancario (non datato ed in bianco) n. XXXXXXXXX tratto sul c/c personale del ricorrente ed acceso presso l'agenzia di Bagheria della Banca Intesa S.p.A.; 3) che nonostante tale assegno fosse stato rilasciato a soli fini di garanzia la resistente, "benché notiziata del piano di rientro, contravvenendo ad ogni pattuizione, nulla promuovendo in termini di messa in mora nei confronti del garante, sig. M.G., odierno ricorrente, provvedeva, sua sponte, a compilare l'assegno posto a garanzia nei termini sopra indicati, apponendo la data del 20 luglio 2005 e l'importo di € 55.805,79 e quindi poneva all'incasso il predetto titolo", poi protestato. Lamentava, pertanto, "che quanto operato dalla società creditrice, Super Rifle S.p.A., [era] in aperta

violazione delle norme regolatrici l'esecuzione della garanzia" non mettendo in mora il ricorrente quale garante e non essendovi traccia di esito negativo di azioni contro le "società assicuratrici, quali società fideiussorie, circa l'esecuzione contrattuale dei contatti assicurativo e fideiussorio, in premessa richiamati, e rilasciati a copertura degli eventuali debiti della società MAR.COS s.r.l.".

Nel costituirsi parte resistente eccepiva l'incompetenza per territorio di questo Tribunale e chiedeva poi dichiararsi comunque inammissibile il ricorso, in ogni caso da rigettare nel merito.

Con ordinanza riservata depositata in data 10 novembre 2005 veniva dichiarata l a nullità del ricorso per mancata individuazione dell'azione sostanziale di merito relativa al diritto cautelando e veniva ordinato al ricorrente di integrare la domanda mediante il deposito in Cancelleria di una memoria integrativa (regolarmente poi depositata, così come quella di replica autorizzata).

Ciò premesso, va ora rilevato che risulta pacificamente che in data 27 ottobre 2003 è stato stipulato tra la Super Rifle S.p.A. e la MAR.COS. s.r.l. un contratto estimatorio relativo ad articoli di abbigliamento e ad altri accessori prodotti dalla Super Rifle S.p.A..

Dalla documentazione in atti emerge, poi, che in data 8 giugno 2004 il ricorrente ha rilasciato in favore della società resistente una fideiussione posta a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte dalla citata MAR.COS s.r.l.

Secondo parte resistente sussisterebbe l'incompetenza di questo Giudice in quanto "lo stesso ricorrente ci dice che la controversia in cui il procedimento *ante causam* si inserisce va ricondotta alla garanzia fideiussoria prestata dal M.

a favore della Super Rifle (in ricorso si parla esplicitamente di violazioni della pattuizioni contrattuali di garanzia)" e poiché l'art. 13 della fideiussione in questione prevede la competenza esclusiva del Foro di Firenze per qualsiasi controversia tra le parti, con la conseguenza che il giudice competente a conoscere il merito sarebbe soltanto il Tribunale di Firenze ex art. 28 c.p.c..

Deve ora ricordarsi che in caso di ricorso cautelare *ante causam* è competente il giudice monocratico che sarebbe competente per l'esame della domanda di merito.

Ecco che l'individuazione di tale ultima domanda si rende necessaria soprattutto per consentire al giudice, nonché all'altra parte, di verificare la competenza dell'ufficio giudiziario adito ai sensi dell' art. 669 ter c.p.c. (oltre che in relazione al dettato degli art. 669 octies e novies c.p.c. che collegano l'efficacia della misura provvisoria alla tempestiva proposizione della causa di merito).

Sul punto va inoltre ricordato che ricorre controversia sulla proprietà o sul possesso, ai fini di cui all'articolo 670 c.p.c., o quando si profila l'esercizio di un'azione di rivendica, manutenzione o reintegrazione ovvero un'azione contrattuale che, se accolta, importi la condanna alla restituzione o al rilascio di un bene.

In altri termini, ai fini della concessione del sequestro giudiziario ai sensi dell'art. 670 n. 1 c.p.c., si configura una controversia sulla proprietà o sul possesso nel caso di esperimento, attuale o preventivo, delle tipiche azioni di rivendicazione o possessorie, ed in ogni ipotesi in cui risulti proposta, o debba proporsi, un'azione contrattuale che richieda una statuizione sulla proprietà (come l'azione avente ad oggetto l'esecuzione specifica di

un contratto preliminare di compravendita ex art. 2932 c.c.) o sul possesso ovvero sulla restituzione di una cosa da altri detenuta.

Basta quindi anche un'azione di natura personale che abbia per oggetto la restituzione della cosa da altri detenuta, in quanto il termine "possesso", impiegato dall'art. 670 c.p.c. unitamente a quello di proprietà, non va inteso in senso strettamente letterale, rientrando in esso anche la detenzione (cfr. Cass. 9645/1994; 5899/1987; 6038/1986; 6324/1987; 6301/1985; 5305/1984; 854/ 1982; 3385/1981).

Ora, nel caso di specie va rilevato che - a prescindere da quale sia la domanda di merito, ormai indicata, del ricorrente (sul punto v. le precisazioni effettuate da quest'ultimo, dopo la declaratoria di nullità dei ricorso, nella memoria integrativa e nel verbale dell'udienza del 30 novembre 2005) ed a prescindere anche dall'ammissibilità o meno del ricorso sotto il profilo della sussistenza o meno di una "controversia sulla proprietà o sul possesso" (ammissibilità che potrebbe essere valutata soltanto in presenza della competenza dell'organo adito) - questo Giudice sarebbe comunque incompetente.

È invero pacifico che l'assegno oggetto del ricorso per sequestro giudiziario è da ricondurre alla garanzia fideiussoria prestata dal ricorrente.

Lo stesso M. ha affermato, infatti, che "il mancato rispetto del patto fideiussorio, costituente il rapporto sottostante al titolo in questione, legittima proprio il ricorso all'art. 670 c.p.c." (pag. 3 memoria depositata in data 11 ottobre 2005) e che "il rapporto di garanzia in questione, per il caso di specie rapporto fideiussorio, va inquadrato come garanzia accessoria rispetto al contratto esti-

matorio" (pag. 4 memoria depositata in data 11 ottobre 2005). Ancora, il M. ha sostenuto che lui stesso, "quale ritenuto fideiussore, ha consentito, mediante il titolo per cui si procede, l'esecuzione di un contratto di fornitura" (pag. 2 memoria datata 21 novembre 2005) e che la resistente ha arbitrariamente violato "le pattuizioni contrattuali di garanzia" (pag. 3 del ricorso) ed avrebbe dovuto "ancora prima di procedere a porre all'incasso il titolo, oggi in contestazione, escutere la società debitrice e quindi, dopo la sostanziale messa in mora del fideiussore, mediante opportuno invito a garantire il credito non riscosso, procedere al recupero del detto credito proprio nei confronti del fideiussore, oggi parte ricorrente" (pag. 2 memoria datata 21 novembre 2005).

Se, quindi, l'assegno oggetto del ricorso va ricondotto alla garanzia fideiussoria prestata dal M., non può che farsi applicazione dell'art. 13 del contratto di fideiussione in questione in forza del quale "per qualunque controversia, anche in ipotesi di continenza o connessione di causa, è competente in via esclusiva il Foro di Firenze".

Ci si deve a questo punto però chiedere se tale clausola negoziale debba o meno ritenersi vessatoria perché in deroga al c.d. foro del consumatore (art. 1469 bis comma 3, n. 19, c.c.), il che lascerebbe la competenza a questo Giudice.

Come è noto, il foro del consumatore è infatti esclusivo e speciale, dovendosi presumere vessatoria la clausola che prevede una diversa località come sede del foro competente, ancorché coincidente con uno dei fori individuabili sulla base del funzionamento dei vari criteri di collegamento stabiliti dagli art. 18 e 20 del codice di procedura civile (v., tra le ultime, le seguenti ordinanze della

Cass. 13890/2005; 8980/2005; 5007/2005; 2543/ 2005; 19594/2004; 19591/2004; 16336/2004).

Altrettanto noto è, poi, che la vessatorietà può anche essere rilevata d'ufficio (v. art. 1469 quinquies c.c. e Corte giust. 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/1998 a C-244/1998, caso Océano Grupo Editorial).

Ora, nel valutare la vessatorietà o meno della clausola in questione, deve innanzitutto tenersi conto del fatto che il contratto di fideiussione rientra ormai nell'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 1469 bis c.c. nel testo successivo alle modifiche apportate dall'art. 25 comma 1, della legge 21 dicembre 1999, n. 526 (legge comunitaria 1999), articolo che ha disposto la soppressione, nel primo comma della norma, dell'espressione che individuava dal punto di vista oggettivo i "contratti del consumatore" solo in quelli aventi "per oggetto la cessione dei beni o la prestazione di servizi".

Inoltre, sempre sotto il profilo oggettivo della considerazione della fideiussione tra i contratti del consumatore, è indubbio che tra il negozio costitutivo del debito principale garantito e la convenzione costitutiva dell'obbligazione fideiussoria sussista un collegamento contrattuale.

Tuttavia, è anche vero che tale ultima circostanza rileva ancor di più per quanto concerne la configurabilità del requisito soggettivo della qualità di consumatore del fideiussore, requisito che, a differenza di quello oggettivo appena esaminato e considerato come sussistente, è invece da escludere.

Al riguardo va ricordato che la Suprema Corte ha avuto modo di affermare che il detto collegamento contrattuale ed il carattere di accessorietà della

fideiussione comportano che la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore (cfr. Cass. sent. 314/01 e ord. n. 10107 del 13 maggio 2005), con la conseguenza che quest'ultimo è professionista o consumatore a seconda della qualifica rivestita dal primo.
Nel caso di specie, in particolare, la fideiussione prestata dal ricorrente accede ad un contratto stipulato da un imprenditore collettivo (MAR.COS. s.r.l.). Seguendo l'impostazione fornita da Cass. 314/2001 (e 10107/2005 ord.) andrebbe quindi esclusa la ricorrenza del requisito soggettivo ("qualità di consumatore") dell'applicabilità della disciplina delle clausole abusive nei contratti con i consumatori.
E ciò anche per un motivo ulteriore rispetto all'accessorietà della fideiussione ed al collegamento contrattuale: il fatto che il ricorrente fideiussore M. era pure amministratore della società garantita.
A tal ultimo proposito vale la pena riportare quanto si legge sul punto in Cass. 314/2001: "La conclusione [dell'esclusione della sussistenza del requisito della qualità di consumatore in capo al fideiussore] resta confermata, sotto altro profilo, dal rilievo che la fideiussione è stata prestata dall'amministratore unico della società garantita. Invero, guardando la sostanza economica di società di capitali i cui debiti nei confronti di creditori “forti”, come le banche, vengono garantiti, come nella specie, dagli amministratori, si deve ritenere che, da un punto di vista economico, siano questi ultimi i reali imprenditori, sia pure attraverso lo schermo giuridico della società di capitali, che consente di limitare il rischio d'impresa al capitale sociale, salvo che nei

confronti dei creditori “forti”, capaci di esigere garanzie personali e reali".

Ma a parte questa ulteriore argomentazione, che riguarda lo specifico caso della fideiussione prestata da un amministratore di società in favore dello stesso ente amministrato, secondo il citato orientamento della Suprema Corte dovrebbe affermarsi il generale principio per cui non rientra nella sfera di applicazione degli artt. 1469 bis ss. c.c. il contratto di fideiussione stipulato da una persona fisica che non agisca nell'ambito di un'attività professionale ma che acceda comunque ad un contratto stipulato da un imprenditore collettivo.

Secondo questo Giudice tale conclusione sembra risultare suffragata anche da quanto già ritenuto, sebbene in un caso relativo alla direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali (dir. 85/577), dalla Corte di Giustizia nella sentenza Bayerische Hypotheken (nel procedimento C-45/1996) del 17 marzo 1998.

In tale sentenza si è affermato che l'art. 2 primo trattino, della direttiva 85/577 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali (disposizione che fornisce la definizione di consumatore ai fini della direttiva in questione) "va interpretato nel senso che un contratto di fideiussione stipulato da una persona fisica, la quale non agisca nell'ambito di un'attività professionale è escluso dalla sfera di applicazione della direttiva quando esso garantisca il rimborso di un debito contratto da un'altra persona la quale agisce, per quanto la concerne, nell'ambito della propria attività professionale".

Ciò perché "risulta dal tenore dell'art. 1 della direttiva nonché dalla natura accessoria della

fideiussione che può rientrare nella direttiva unicamente la fideiussione accessoria ad un contratto con cui un consumatore si sia impegnato, in occasione di una vendita a domicilio, nei confronti di un commerciante al fine di ottenere da quest'ultimo beni o servizi. Inoltre, dal momento che la direttiva è unicamente destinata a tutelare i consumatori, un fideiussore rientra nella sua sfera di applicazione soltanto se, in conformità dell'art. 2 primo trattino, della direttiva stessa, si sia obbligato per un uso che può considerarsi estraneo alla propria attività professionale".

In realtà, ciò che pare preferibile ritenere è che non in tutti i casi di fideiussione prestata in favore di professionista il fideiussore possa essere considerato anch'egli professionista, dovendosi invece operare una valutazione caso per caso.

Se l'estensione della qualifica soggettiva vale infatti per l'amministratore di una persona giuridica, lo stesso principio può non valere, ad esempio, se a prestare fideiussione in favore dell'impresa sia un congiunto (magari il padre pensionato) dell'amministratore o del socio.

Non sempre può affermarsi (come potrebbe invece credersi generalizzando il principio affermato da Cass. 314/ 2001 e da Cass. 10107/2005) che la natura (di consumo o di impresa) del contratto principale determini anche la natura della fideiussione.

Non può cioè sempre ritenersi che "la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore ai fini della individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore" (Cass. 314/2001 e 10107/2005).

La nozione di consumatore va interpretata, ed in questo senso è anche la Corte di Giustizia, facendo riferimento al ruolo della persona in un contratto determinato, rispetto alla natura ed alla finalità di quest'ultimo, e non invece alla situazione soggettiva di tale stessa persona.
Per stabilire la qualifica di consumatore o di professionista di un soggetto occorre invero avere riguardo alla concreta ed effettiva operazione economica posta in essere dalle parti.
Il fideiussore non riveste la qualifica di consumatore o di professionista in quanto questa gli proviene dal debitore principale (come se fosse un professionista o un consumatore "indiretto" o "di riflesso" o di "rimbalzo"), ma in forza del ruolo ricoperto nello specifico affare, nonché in considerazione della contrattazione nel caso di specie per fini oggettivamente estranei o intranei all'attività professionale o d'impresa eventualmente esercitata e, infine, della sussistenza o meno di un deficit conoscitivo e di una posizione di inferiorità da tutelare.
In questa prospettiva, colui che presta fideiussione in favore di un "professionista" sarà anch'egli sempre "professionista" se è l'amministratore societario, ma negli altri casi potrebbe pure essere talvolta considerato "consumatore" a seconda delle specifiche circostanze del caso.
A questa conclusione deve pervenirsi se si considera, innanzitutto, che nella determinazione della qualifica soggettiva del fideiussore ai fini dell'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1469 bis ss. c.c. il giudice deve necessariamente fare riferimento alla direttiva 93/13 sulle clausole abusive.

Nelle ipotesi in cui non debba fare applicazione diretta del diritto comunitario (come nel caso di specie, visto che la direttiva comunitaria non produce effetti diretti nei rapporti orizzontali interprivati, quali sono quelli di cui alla presente controversia), il giudice nazionale è infatti pacificamente tenuto (secondo la copiosa e granitica giurisprudenza della Corte di giustizia dai casi Harz, Von Colson, Johnston, Kolpinghuis, Nijman, Marleasing, Wagner Miret e Faccini Dori fino ai più recenti Pfeiffer e Pupino e, da ultimo, al caso Schulte di cui a Corte Giust. 25 ottobre 2005, causa C-350/03) ad interpretare il diritto interno conformemente "alla lettera ed allo scopo della direttiva al fine di conseguire il risultato perseguito da quest'ultima" (principio sempre così enunciato nelle sentenze della Corte di Giustizia).

Ora, dal 5° "considerando" della direttiva 93/13 e dalla lettera b) dell'art. 2 della medesima direttiva si ricava che lo scopo del testo comunitario in questione è quello di concedere protezione ai soggetti che non sono in grado di conoscere i principi di diritto applicabili alle contrattazioni che intendono concludere.

Nella sentenza sul caso Océano Grupo Editorial (27 giugno 2000 procedimenti riuniti C-240/98-C-244/98) la Corte di Giustizia aveva poi ricordato che il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 "è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse".

Tale posizione di inferiorità ed il riferito deficit conoscitivo non ricorre, però, nel caso in cui sia l'amministratore di una persona giuridica a prestare fideiussione in favore della società (mentre potrebbe sussistere in altre ipotesi di fideiussione prestata da soggetti diversi in favore della persona giuridica).

Seppure il fideiussore-amministratore sia astrattamente definibile come consumatore, questi non può essere considerato tale e non è a lui applicabile la disciplina protezionistica prevista agli artt. 1469 bis ss. c.c. visto il collegamento negoziale tra contratto principale e fideiussione, l'accessorietà del contratto di fideiussione e, soprattutto, l'indicato scopo sotteso alla direttiva 93/13, scopo che il giudice nazionale deve sempre perseguire nella sua opera di interpretazione conforme.

Anche il giudice, infatti, è destinatario, per pacifico orientamento della Corte di giustizia, dell'obbligo di leale cooperazione previsto dall'art. 10 (ex art. 5) del Trattato - e quindi del dovere per gli Stati di adottare tutte le misure, di carattere generale e particolare (e quindi pure i provvedimenti giurisdizionali), atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato o determinati dagli atti delle Istituzioni comunitarie (v. per tutte, le sentenze della Corte di Giustizia sui casi Von Colson, Johnston, Gebroeders Beentjes BV, Nijman Marleasing, Wagner Miret e Faccini Dori).

Posto che lo scopo perseguito dalla direttiva 93/13 è quello di tutelare il consumatore in situazione di inferiorità rispetto al professionista e visto che la determinazione della qualifica di consumatore o di professionista di un soggetto va operata tenendo conto dell'effettiva specifica operazione economica

realizzata dalle parti, non può che ritenersi che, nonostante l'amministratore di una persona giuridica che presti fideiussione in favore di quest'ultima non possieda formalmente la qualità di professionista, egli comunque esercita sostanzialmente un'attività di impresa o un'attività relativa ad attività di impresa ed è ben a conoscenza di tutte le circostanze dell'affare e delle clausole, che ben può valutare ed esaminare, del contratto principale e di quello accessorio.

Egli non può quindi usufruire della protezione accordata ai consumatori.

Al riguardo merita anche di essere ricordato che nella sentenza Benincasa (causa C-269/95), la Corte di Giustizia ha ribadito che la nozione di consumatore di cui alla Convenzione 27 settembre 1968 (concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) - per la quale è consumatore la persona che agisce "per un fine che può essere considerato estraneo alla sua attività professionale", nozione pressoché identica a quella contemplata all'art. 1469 bis c.c. - contempla esclusivamente il caso del consumatore finale privato, non impegnato in attività commerciali o professionali (v. anche sentenza 19 gennaio 1993 sul caso Shearson Lehman Hutton).

Deve quindi reputarsi che sia professionista, e non goda pertanto della tutela protezionistica prevista dagli art. 1469 bis se. c.c., l'amministratore di una persona giuridica che presti fideiussione in favore di quest'ultima.

A tale conclusione il giudice nazionale deve pervenire, è bene ribadirlo, essendo tenuto ad interpretare l'art. 1469 bis c.c. conformemente alla direttiva sulle clausole abusive ed a perseguire lo

scopo perseguito da quest'ultima e non rientrando nell'ambito di tutela della direttiva in questione anche l'amministratore di una persona giuridica che presta fideiussione in favore della stessa.
Non obbligata dal diritto comunitario risulta invece l'altra conclusione - più generale, non condivisibile e preclusiva di un'indagine, invece necessaria, della specifica ed effettiva operazione economica posta in essere - per cui la qualifica di consumatore o di professionista del fideiussore dipenderebbe sempre da quella del debitore principale.
Non può ritenersi che il particolare regime di tutela istituito per i consumatori riguardi soltanto i contratti conclusi al di fuori ed indipendentemente da qualsiasi attività o finalità, anche di terzi, professionale o imprenditoriale.
Un atto strumentale all'esercizio della professione o dell'impresa di un terzo può, invero, anche essere ricondotto al regime protettivo di cui agli artt. 1469 bis ss. c.c. Comunque, con riferimento al caso oggetto del presente procedimento (amministratore di una s.r.l. che presta fideiussione in favore dell'ente amministrato) risulta già chiaramente quale sia la corretta interpretazione della fonte comunitaria (direttiva 93/13 CE) rilevante per la soluzione della controversia.
Non occorre quindi fare alcun ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 (ex 177) Trattato CE.
Ciò soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla direttiva sulle clausole abusive e della citata sentenza sul caso Bayerische Hypotheken del 17 marzo 1998 (anche se relativa alla direttiva 85/577 sui contatti negoziati fuori dai locali commerciali).

Tale ultima decisione (relativa all'estensione della qualità di professionista al fideiussore anche quando questi non sia amministratore di una società, ma, nel caso di specie, figlio dell'imprenditore) e le considerazioni sopra esposte (in ordine alla possibilità che in alcuni casi di fideiussione prestata in favore di professionisti da soggetti diversi dall'amministratore di persona giuridica potrebbe non ricorrere la qualifica di professionista di cui all'art. 1469 bis c.c. interpretato conformemente alla direttiva 93/13) avrebbero invece imposto di sollevare rinvio pregiudiziale se la fideiussione fosse stata prestata da un congiunto dell'amministratore) di un socio.

In conclusione - esclusa l'invocabilità nel caso di specie del c.d. foro del consumatore e l'applicabilità dell'art. 1469 bis comma 3, n.19, c.c. - deve ritenersi valida la clausola derogativa della competenza contenuta nel contratto di fideiussione.

Nonostante questo Giudice non abbia, a differenza del giudice di merito (art. 44 c.p.c), l'obbligo di indicare il giudice competente - poiché in sede cautelare non opera la *translatio iudicii*, tanto che l'art. 669 septies c.p.c. prevede al comma 2 che l'ordinanza di incompetenza chiude il procedimento svoltosi ante causam e deve quindi contenere la statuizione sulle spese dello stesso procedimento - va affermata la competenza del Tribunale di Firenze.

Quanto alle spese del presente giudizio, si ritengono sussistenti giusti motivi per la loro integrale compensazione.

(Omissis).

*****

V. Tribunale di Caltanissetta, ordinanza 28 marzo 2006, Lauria C. +25 (Avv. M. Sardo) c. Vodafone Omnitel N.V. (Avv.ti A. Alaimo e G. Cusumano), Giudice Leone

La legge n. 36 del 2001 ed il D.P.C.M. 8 luglio 2003, relativamente alla esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici generati da impianti a radiofrequenze (quali quelli delle stazioni radio base per telefonia cellulare) hanno fissato rigorosi limiti, ancora più severi ove si tratti di luoghi adibiti a permanenza superiore alle 4 ore.

Non può ritenersi sussistente il periculum in mora, ossia la sussistenza di un pregiudizio imminente, quindi oggettivo, attuale ed irreparabile del diritto alla salute, in assenza di specifica prova da parte ricorrente.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI CALTANISSETTA
Sezione Civile

Composto dai seguenti Magistrati:
Dott. Daniele MARRAFFA Presidente
Dott. Gabriella CANTO Giudice relatore
Dott. Cesare ZUCCHETTO Giudice
Riunito in camera di consiglio ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento iscritto al n. 1023/2006 R G avente per oggetto: reclamo avverso provvedimento di rigetto del ricorso ex art. 700 c.p.c. promosso da

Lauria Calogero, Meli Dario, Boscarino Francesco, Pagnotta Calogero, Spinelli Ignazio, Aiola Roberto, Rubino Vittorio, Talluto Angelo, Fiocco Luigi, Li Vecchi Attilio, Rizzo Salvatore, Fiocco Carmela, Giulietti Vincenza, Russo Giulio, Talluto Giuseppe e Lunetta Mania Giovanna, tutti elettivamente domiciliati a Caltanissetta, presso lo studio dell'avv. Mario Sardo, dal quale sono rappresentati e difesi in forza di procura a margine del ricorso introduttivo

Contro

Vodafone Omnitel N.V, in persona del suo procuratore, Saverio Tridico, giusta procura speciale rilasciata con atto in notar Manuela Agostini di Milano in data 23-12-2004, rappresentata e difesa, sia congiuntamente che disgiuntamente, dagli avvocati Alessandra Alaimo e Giuseppe Cusumano del Foro di Palermo, in forza di procura in calce alla memoria di costituzione nel presente grado

e Contro

Elettromontaggi s.r.l.

OSSERVA

Con il ricorso introduttivo del presente procedimento Lauria Calogero, Meli Dario, Boscarino Francesco, Pagnotta Calogero, Spinelli Ignazio, Aiola Roberto, Rubino Vittorio Talluto Angelo, Fiocco Luigi, Li Vecchi Attilio, Rizzo Salvatore, Fiocco Carmela, Giulietti Vìncenza, Russo Giulio, Talluto Giuseppe e Lunetta Maria Giovanna hanno proposto reclamo avverso l'ordinanza in data 27 marzo 2006, depositata il 28 marzo 2006, con cui il giudice designato presso questo Tribunale ha respinto la domanda da loro proposta con

ricorso ex art. 700 c.p.c., al fine di ottenere la sospensione dei lavori di installazione, nello spazio tecnico, sovrastante l'edificio sito in Via Sandro Pertini con ingressi dai numeri civici 2E, 2F, 2G e 2H di un'antenna di telefonia mobile di proprietà della Vodafone Omnitel lavori affidati alla società Elettromontaggi S.r.l.

I reclamanti lamentano l'erroneità del provvedimento impugnato, per avere il primo giudice ritenuto inammissibile la domanda cautelare, sul presupposto, a loro parere erroneo, che la stessa fosse diretta ad ottenere la sospensione e poi l'annullamento della deliberazione dell'assemblea del condominio in data 22/11/2005.

Come si ricaverebbe dal tenore letterale del ricorso di primo grado, in cui si fa riferimento all'intenzione di impugnare "con altro giudizio", la menzionata delibera assembleare del 22/11/2005 - con la quale il condominio ha autorizzato l'installazione dell'antenna - l'azione di merito non è volta ad ottenere l'annullamento della suddetta deliberazione. Ciò, del resto, troverebbe conferma nel fatto che la domanda cautelare non è stata proposta anche nei confronti del condominio.

Viceversa, la domanda di merito in funzione della quale è stato proposto il ricorso ex art. 700 c.p.c. sarebbe la seguente: "La richiesta di revoca dell'autorizzazione concessa a Vodafone e la riduzione in pristino dello stato dei luoghi, in seguito all'annullamento della delibera assembleare da parte del giudice

della impugnazione, non mai da parte del giudice del cautelare".
I reclamanti, inoltre, hanno ribadito la loro legittimazione attiva in ordine alla domanda de qua, sul presupposto dell'appartenenza in comproprietà a tutti i condomini degli edifici contraddistinti con le lettere A e B dello spazio tecnico sovrastante gli stessi indicato in catasto con un'unica particella, richiamata nei singoli atti di assegnazione delle unità immobiliari.
Alla luce di quanto sopra e considerato il danno alla salute che deriverebbe loro nelle more del giudizio di merito per i motivi esposti in primo grado, i reclamanti hanno chiesto a questo collegio di volere disporre la sospensione dei lavori relativi all'installazione dell'antenna di telefonia mobile di cui si è sopra detto.
Costituitasi, la società Vodafone Omnitel ha, in primo luogo, eccepito l'inammissibilità del reclamo, in quanto proposto tardivamente, dopo il termine di dieci giorni previsto dalla legge che decorrerebbe dalla data di comunicazione del provvedimento di primo grado (nel suo contenuto integrale) da parte della cancelleria.
In subordine, la predetta ha eccepito l'improcedibilità della domanda, in quanto diretta ad ottenere la sospensione di lavori già ultimati in seguito al provvedimento impugnato.
In ulteriore subordine, i reclamati hanno dedotto l'inammissibilità del reclamo sotto altro profilo, della insussistenza di un'autorizzazione in favore della Vodafone

Omnitel emessa dall'amministratore del condominio, che, peraltro, non ne avrebbe avuto i poteri.
Poiché l'unica autorizzazione è quella ricavabile dalla deliberazione assembleare del 25 novembre 2005, sarebbe evidente che, in effetti, l'azione di merito in funzione della quale è stato proposto il ricorso ex art. 700 c.p.c. è quella diretta ad ottenere l'annullamento della deliberazione de qua.
Pertanto, a parere della reclamata, il giudizio di inammissibilità della domanda espresso dal primo giudice è corretto, essendo nella fattispecie configurabile un rimedio cautelare tipico, qual è quello della sospensione della deliberazione impugnata (art. 1137 c.c).
Quanto alla legittimazione attiva dei reclamanti estranei al condominio di cui alla palazzina A, la reclamata ha richiamato le considerazioni svolte in primo grado. Così per ciò che concerne il requisito del *periculum in mora*.
ll reclamo è infondato e, pertanto, non meritevole di accoglimento, per i motivi appresso indicati.
Preliminarmente, deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità del reclamo per tardività, in quanto, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, condiviso da questo collegio il termine di dieci giorni per la proposizione del reclamo avverso il provvedimento cautelare decorre dalla notificazione dello stesso da parte dell'ufficiale giudiziario su istanza di parte, e non già dalla sua comunicazione a cura della

cancelleria (in tal senso, cfr. tra le tante Cass. SS.UU. 29 aprile 1997, n. 3670 e sez. I, 26 novembre 2003, n. 18047).

Ciò posto, con riferimento al primo motivo di gravame va rilevato che il giudizio di inammissibilità è stato espresso solo nella motivazione del provvedimento impugnato, con riferimento alla domanda diretta ad ottenere l'annullamento della deliberazione del 25/11/2005, avendo poi il giudice esaminato nel merito - rigettandola, per carenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* - la domanda cautelare in considerazione del fatto che la stessa era stata proposta anche in funzione della tutela della salute.

Pertanto, la doglianza mossa con il primo motivo di reclamo va respinta, investendo una parte della motivazione del provvedimento impugnato espressa in aggiunta alle argomentazioni poste a base della decisione di rigetto.

Per ragioni analoghe deve essere respinto il secondo motivo di impugnazione, in considerazione del fatto che il primo giudice non ha dichiarato il difetto di legittimazione attiva di nessuno dei ricorrenti.

In ultimo, è inammissibile l'ultimo motivo di impugnazione, riguardante il requisito del periculum in mora, avendo i reclamanti genericamente richiamato le deduzioni svolte nel procedimento di primo grado, senza alcuna specificazione delle ragioni dell'asserita erroneità del provvedimento impugnato.

Alla soccombenza consegue per legge la condanna dei reclamanti, in solido tra loro, alla rifusione delle spese processuali in favore della società Vodafone Omnitel, liquidate come in dispositivo, forfettariamente in mancanza dì apposita nota.

P.Q.M.

Visti gli art. 669 terdecies e segg. c,p,c., conferma l'ordinanza emessa dal giudice designato presso questo Tribunale in data 27 marzo 2006 (depositata il 28 marzo 2005) reclamata da Lauria Calogero, Meli Dario, Boscarino Francesco, Pagnotta Calogero, Spinelli Ignazio, Aiola Roberto, Rubino Vittorio, Talluto Angelo, Fiocco Luigi, Li Vecchi Attilio, Rizzo Salvatore, Fiocco Carmela, Giulietti Vincenza, Russo Giulio, Talluto Giuseppe e Lunetta Maria Giovanna nei confronti di Vodafone Omnitel N. V. e della Elettromontaggi s.r.l. con ricorso depositato il 18 maggio 2006;

condanna i reclamanti, in solido tra loro, al pagamento, in favore della Vodafone Omnitel, delle spese del presente grado, che liquida in complessivi euro 700,00, di cui euro 300,00 per diritti ed euro 400,00 per onorario, oltre IVA e CNPA.

Manda alla cancelleria per le comunicazioni di competenza.

Così deciso a Caltanissetta nella camera di consiglio del 22 giugno 2006.

Il Giudice Est. Dott. Gabriella Canto

Il Presidente Dott. Daniele Marraffa

*****

VI. TAR Sicilia, Sezione di Palermo, sentenza 24 giugno 2008 n. 842, Ricorrenti (Avv. ti G. e A. Palmigiano) c. Comune di Palermo (Avv. V. Criscuoli) e TD Group S.p.A. (Avv. L. Mazzei), Pres. Giallombardo, Est. Veneziano

Qualora siano impugnati provvedimenti che limitano la circolazione veicolare nelle zone a traffico limitato, hanno interesse e dunque sono legittimati ad agire le imprese commerciali operanti nelle zone oggetto della regolamentazione – in relazione alle quali gli atti impugnati possono determinare uno sviamento nei flussi di accesso della clientela; le persone fisiche titolari e/o legali rappresentanti delle stesse imprese – e quindi destinati ad operare nell'ambito delle ZTL – nonchè i singoli cittadini, residenti o meno nelle ZTL, proprietari di autoveicoli che o vengono costretti a dotarsi dei prescritti pass a pagamento o si vedono interdire del tutto l'accesso alle ZTL, considerata l'incidenza delle misure in contestazione con primari diritti, anche di ordine costituzionale, quali quello alla libertà di iniziativa economica ed alla libertà di circolazione. E' illegittima la subordinazione dell'ingresso o della circolazione dei veicoli a motore all'interno delle zone a traffico limitato, qualora il Comune non abbia adottato il Piano urbano del traffico; l'art. 7, co. 9, del D. Lgs. 30 aprile 1992 n. 285, prescrive, infatti, che l'ingresso o la circolazione dei veicoli all'interno delle zone a traffico limitato può essere subordinato al pagamento di una somma di denaro nell'ambito di quanto stabilito dalla

direttiva dell'Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale del 21 luglio 1997, n. 3816 che, a sua volta, prescrive che i comuni, per poter subordinare l'accesso al pagamento di una somma, devono: a) aver istituito una ZTL (zona a traffico limitato) ai sensi dell'art. 7, comma 9 del CdS; b) aver adottato il Piano urbano del traffico ai sensi dell'art. 36 del CdS; c) aver introdotto la tariffazione degli accessi alla ZTL all'interno del Piano urbano del traffico, avendo verificato che tale provvedimento si rende effettivamente necessario per il raggiungimento degli obiettivi del Piano urbano del traffico, dandone opportuno rilievo nella relazione che accompagna il Piano urbano del Traffico.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DELLA SICILIA

Prima Sezione

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sui seguenti ricorsi riuniti:

- ricorso principale e ricorsi per motivi aggiunti recanti il n.992/08 di Ruolo generale, Sezione Prima, proposti da: Federazione Provinciale del Commercio, Turismo, Servizi, Professioni e P.M.I. di Palermo – Confcommercio, in persona del suo presidente e legale rapp.te pro-tempore dott. Roberto Helg; Adiconsum – Associazione difesa consumatori e ambiente, in persona del suo legale rapp.te pro-tempore, sig. Benedetto Romano; Confartigianato Palermo, in persona del suo legale

rapp.te pro-tempore, dott. Nunzio Reina; Dott. Luigi Genuardi; Dell'Oglio S.p.A., in persona del suo legale rapp.te pro-tempore, dott. Mario Dell'Oglio; Sig. Benedetto Romano; Unione Consumatori Palermo, in persona del suo legale rapp.te pro-tempore, dott.ssa Concetta Spampinato e quest'ultima anche in nome proprio; Dott. Enrico Camilleri; CA.DE.PA. s.a.s. di Camillerí, in persona del suo legale rapp.te, pro-tempore dott. Carmelo Carnilleri; Stop Young s.r.l. in persona del suo amministratore e legale rapp.te pro-tempore, sig. Oddo Salvatore e quest'ultimo anche in nome proprio; ditta Raccuglia Ettore in persona del suo legale rappr.te pro tempore Ettore Raccuglia; Sig. Ettore Raccuglia in proprio; Ditta Commerciale Domenico Pantaleone, in persona del suo legale rapp.te pro tempore, Sig. Domenico Pantaleone e quest'ultimo anche in nome proprio; ditta Nicolò Imbrucè, in persona del suo legale rappr.te pro tempore Nicolò Imbrucè; Barbisio Cottone Ferdinando & Figli s.r.l., in persona del suo Presidente e legale rapp.te pro-tempore, rag. Domenico Cottone; l'Ass. Albergatori Prov.le Federalberghi Palermo, in persona del suo vice presidente e legale rapp.te pro-tempore, dott. Nicolò Carruggio; Caramazza Group s.a.s. in persona del suo legale rapp.te pro-tempore, Sig. Fausto Caramazza; Tipical Food di Gianforte Sabrina, in persona del suo legale rapp.te pro-tempore Sig.ra Sabrina Gianforte e quest'ultima anche in nome proprio; Torregrossa & C. s.a.s. in persona del suo legale rapp.te pro-tempore, sig. Fabio Torregrossa quest'ultimo anche in nome proprio; MA.GI. s.r.l. in persona del suo legale rapp.te pro-tempore, Sig. Ugo De Franchis; Fecarotta s.a.s. in persona del suo legale rapp.te

pro-tempore, dott. Fabrizio Fecarotta; Sig.ra Marcella Margiotta; Sig. Scuderi Giacomo; Sig.ra Valentina Cannone; Federconsumatori in persona del suo legale rapp.te pro-tempore, dott. Calogero Vizzìni; tutti elettivamente domiciliati in Palermo, via Wagner, 9 presso lo studio degli Avv.ti Gaetano e Alessandro Palmigiano, che li rappresentano e difendono per mandato in calce al ricorso; - ricorso principale e ricorsi per motivi aggiunti recanti il n.1103/08 di Ruolo generale, Sezione Prima, proposti da Federazione Provinciale del Commercio – Turismo – servizi Professioni e P.M.I. di Palermo – Confcommercio, in persona del suo presidente e legale rappr.te pro tempore dott. Roberto Helg, l'Adiconsurn – Associazione difesa consumatori e ambiente, in persona del suo legale rappr.te pro tempore, sig. Benedetto Romano; la Confartigianato Palermo, in persona del suo legale rappr.te pro tempore, dott. Nunzio Reina; la Federconsumatori in persona del suo legale rappresentante pro tempore, dott. Calogero Vizzini; la Associazione Provinciale Orafi Palermo in persona del legale rappresentante pro-tempore, Silvano Barraja, la Mario Barraja s.r.l. in persona del legale rappresentante pro-tempore, Silvano Barraja, Sig. Benedetto Romano, Sig.ra Sabrina Vecchio Verderame, Sig.ra Adriana La Porta, Dell'Oglio S.p.A. in persona del legale rappresentante pro-tempore, Sig. Mario Dell'Oglio, Sig. Andrea Taormina, Sig. Tullio Rossi, Sig.ra Lidia Busacca, tutti elettivamente domiciliati in Palermo, via Wagner, 9 presso lo studio degli Avv.ti Gaetano e Alessandro Palmigiano, che li rappresentano e difendono per mandato in calce al ricorso;

Contro

il Comune di Palermo, in persona del Sindaco, legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso per mandati in calce alle copie notificate dei ricorsi dall'Avv.to Vincenzo Criscuoli, ed elettivamente domiciliato in Palermo, Piazza Marina n.30, presso l'Ufficio legale del Comune;

e nei confronti di TD Group S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rapp.to e difeso per mandato in calce alle memorie di costituzione dall'avv. Luigi Mazzei, presso lo studio del quale è elett.te dom.to in Palermo, via P.pe Paternò n. 78;

per l'annullamento, previa sospensiva degli atti impugnati con i ricorsi principali:

a) dell'ordinanza sindacale n. 36 del 18 febbraio 2008, pubblicata fino al 3 marzo 2008, e dei relativi allegati, mediante la quale il Comune di Palermo ha fra l'altro stabilito le regole per l'accesso alla Z.T.L. "A" ed alla Z.T.L. "B" della città di Palermo; b) dell'ordinanza sindacale n. 78/OS del 10/4/2008, pubblicata fino al 24/4/2008, con la quale il Comune dì Palermo revoca le ordinanze sindacali n. 249 del 10/12/2007 e n. 2 del 5/1/2008;

c) di tutti gli altri atti preordinati, connessi e consequenziali, ivi compresi quelli richiamati nei provvedimento sub a), b) comunque lesivi della posizione giuridica dei ricorrenti, ivi compresi – se e per quanto occorra - l'ordinanza sindacale n. 23 del 11/01/2006 avente per oggetto le misure di limitazione della circolazione veicolare, ridefinizione del perimetro della Zona a Traffico Limitato denominata Zolla a Traffico Limitato Centro (A) ed istituzione di nuova Z.T.L., denominata Zona a traffico limitato Nord (B); la

delibera di Giunta Municipale n. 213 del 1/8/2007 avente ad oggetto l'esternalizzazione del servizio di rilascio pass per l'acceso alle zone a traffico limitato e del servizio rilascio pass per la sosta nelle zone a tariffazione oraria; l'Ordinanza Sindacale n. 228 del 12/2/2002 avente ad oggetto Misure di limitazione della circolazione stradale veicolare Z.T.L.; l'Ordinanza sindacale n. 1694 del 13/10/2003 avente per oggetto Misure di limitazione della circolazione stradale veicolare Z.T.L.; la Delibera di Giunta Municipale n. 126 del 10/6/2003 di approvazione della delimitazione dei centri abitati del Comune di Palermo la Delibera di G.M. n. 56 del 11/3/2002, avente ad oggetto l'approvazione della delimitazione Z.T.L.; la Delibera di G.M. n. 299 del 29/7/2005 avente per oggetto le misure di limitazione della circolazione veicolare, individuazione ampliamento della Z.T.L.; l'Ordinanza Sindacale n. 2434/99 avente per oggetto la regolamentazione viaria del centro storico e s.m.i.; l'Ordinanza Sindacale n. 862/01 avente per oggetto l'integrazione alle misure di limitazione della circolazione degli atti impugnati con i ricorsi per motivi aggiunti: a) dell'ordinanza sindacale n.108 del 2 maggio 2008, pubblicata fino al 16/5/2008, e dei relativi allegati mediante il quale il Comune di Palermo ha apportato modifiche e integrazioni dell'O.S. n. 36 del 18/2/2008 avente ad oggetto misure di limitazione della circolare veicolare per il contenimento dell'inquinamento atmosferico; b) della deliberazione della Giunta Comunale n. 213 dell' 1/8/2007 avente ad oggetto l'esternalizzazione del servizio rilascio pass per sosta nelle Zone a Traffico Limitato e del Servizio rilascio pass per la sosta nelle "Zone a Tariffazione Oraria"; c) dell'ordinanza sindacale n.152 del 13

giugno e dei relativi allegati, con la quale il Comune di Palermo ha apportato modifiche e integrazioni all'O.S. n.36 del 18/2/2008 e all'O.S. n.108 del 2/5/2008, avente ad oggetto misure di limitazione della circolazione veicolare per il contenimento dell'inquinamento atmosferico. Visti i ricorsi introduttivi del giudizio e quelli per motivi aggiunti, tutti recanti istanza incidentale di misura cautelare; Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'avv. V. Criscuoli per l'amm.ne comunale di Palermo e dell'avv. Luigi Mazzei per la TD Group S.p.a;
Visti gli atti tutti di causa;
Designato relatore alla camera di consiglio del 24.06.2008 il Consigliere Avv. Salvatore Veneziano;
Uditi i procuratori delle parti come da verbale della camera di consiglio; Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:
FATTO Con i ricorsi in epigrafe, ritualmente notificati e depositati, i ricorrenti (organizzazioni di imprenditori e di consumatori, alcune imprese operanti nel centro cittadino e singoli cittadini proprietari di automezzi) hanno impugnato le ordinanze sindacali n. 36 del 18 febbraio 2008, n.108 del 2 maggio 2008 e n. 152 del 13 giugno 2008, con le quali è stata da ultimo regolamentata la circolazione veicolare all'interno delle due zone a traffico limitato già istituite nel centro abitato di Palermo previa imposizione dell'obbligo di dotare i veicoli ammessi alla circolazione in dette zone di appositi contrassegni di individuazione a pagamento; hanno, altresì, impugnato le deliberazioni relative alla esternalizzazione alla TD Group S.p.A. del servizio di rilascio dei detti pass,

nonché tutta una serie di atti presupposti relativi alla istituzione delle citate ZTL ed a precedenti forme di regolamentazione del traffico veicolare all'interno delle stesse.
Deducono le seguenti censure:
l) Violazione dell'art. 7, co. 9, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (codice della strada) e della prescritta direttiva ministeriale, per avere introdotto il censurato meccanismo di tariffazione degli accessi alle due ZTL in assenza del prescritto Piano Urbano del Traffico. 2) Incompetenza del Sindaco a determinare le tariffe di rilascio dei pass per l'accesso alle ZTL, trattandosi di competenza consiliare o di G.M. 3) Eccesso di potere sotto molteplici profili, per non essere state adeguatamente studiate e valutate le conseguenze delle misure adottate con riferimento al dichiarato intento di contenere la presenza di sostanze inquinanti nell'aria né concordato il loro impatto sulle attività socio-economiche cittadine.
4) Eccesso di potere per difetto di presupposto, per essere stata disposta l'esternalizzazione del servizio di rilascio dei pass sulla base di precedenti ordinanze che risulterebbero, contraddittoriamente, revocate. Sostengono, soprattutto nei ricorsi per motivi aggiunti, che le misure censurate — alla luce dei primi dati acquisiti — sono risultate sostanzialmente inutili ed hanno anzi provocato l'aumento delle sostanze inquinanti nelle zone del perimetro esterno delle ZTL.
L'amministrazione comunale si è costituita in giudizio eccependo l'inammissibilità dei gravami per carenza di legittimazione e/o di interesse dei ricorrenti e comunque la loro infondatezza giacchè

le misure adottate — che comunque vietano l'accesso nelle ZTL delle categorie di veicoli più inquinanati - sono state imposte dalla esigenza di adottare rimedi ai continui sforamenti dei limiti consentiti di presenza in atmosfera di sostanze inquinanti, ascrivibili al traffico veicolare, nocive per la salute ed avrebbero carattere temporaneo risultando così ammissibili anche in assenza del Piano Urbano del Traffico, giusta previsione delle direttive ministeriali di cui al comma 9 dell'art. 7 CdS. Si è, altresì, costituita la TD Group S.p.A. deducendo, nel primo dei ricorsi all'esame, l'inammissibilità sotto altri profili del gravame e la sua infondatezza atteso che i poteri esercitati dal Sindaco troverebbero la loro fonte nella diversa normativa in tema di prevenzione dell'inquinamento atmosferico e sfuggirebbero, quindi, alle prescrizioni dettate dal Codice della strada. Udite le parti, come da verbale, alla camera di consiglio del 24.06.2008, il Collegio si è riservato di decidere.

DIRITTO Ritiene, preliminarmente, il Collegio che i giudizi all'esame possano essere definiti, previa loro riunione attesa la connessione (identità) soggettiva ed oggettiva, con sentenza in forma semplificata emessa, ai sensi dell'art. 26 l. 6.12.1971 n. 1034, come modificato dall'art. 9 l. 21.07.2000 n. 205, adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di giudizio, nonché la mancata enunciazione di osservazioni oppositive delle parti, rese edotte dal Presidente del Collegio di tale eventualità. Rileva, quindi, il Collegio di poter prescindere

dall'esame della eccezione di inammissibilità dei gravami con riferimento alla presenza tra i soggetti ricorrenti di organizzazioni locali di operatori economici e di consumatori asseritamente prive di legittimazione a ricorrere, attesa la comprovata esistenza tra gli stessi ricorrenti sia di imprese commerciali operanti nelle zone oggetto della odierna regolamentazione — in relazione alle quali gli atti impugnati possono determinare uno sviamento nei flussi di accesso della clientela — che di persone fisiche titolari e/o legali rappresentanti delle stesse imprese — e quindi destinati ad operare nell'ambito delle ZTL — nonchè di singoli cittadini, residenti o meno nelle ZTL, proprietari di autoveicoli che o vengono costretti a dotarsi dei prescritti pass a pagamento o si vedono interdire del tutto l'accesso alle ZTL. Con riferimento a tali categorie di ricorrenti, appare quindi evidente l'incidenza delle misure in contestazione con primari diritti, anche di ordine costituzionale, quali quello alla libertà di iniziativa economica ed alla libertà di circolazione e la conseguente esistenza di legittimazione ed interesse a ricorrere. Ed invero, sebbene entrambi tali diritti possano risultare, anche per espressa previsione costituzionale (artt. 41 e 16 Cost.) recessivi rispetto al preminenente interesse alla tutela della salute della collettività (art. 32 Cost.), non può ad essi negarsi accesso alla tutela giurisdizionale ai fini della verifica della legittimità degli atti su di essi incidenti. Deve, invece, essere respinta in quanto infondata l'eccezione di inammissibilità del gravame dedotta dalla difesa della TD Group con

riferimento alla circostanza che il ricorso introduttivo del giudizio R.G. n. 992/2008 le è stato notificato successivamente all'avvenuto deposito della copia notificata al solo Comune di Palermo. Indipendentemente dal rilievo che il ricorso R.G. n. 1103/2008 è stato invece depositato in giudizio successivamente al tempestivo compimento degli adempimenti relativi alla notificazione ad entrambe le parti evocate in giudizio, osserva infatti il Collegio che l'art. 21 l. n. 1034/1971 prescrive la notifica al controinteressato nel termine di gg. 60 dalla scadenza del periodo di pubblicazione ed il deposito del ricorso, con la prova delle avvenute notifiche, in segreteria entro trenta giorni dall'ultima notifica. In assenza, quindi, di alcuna espressa previsione ostativa ed essendosi comunque in concreto realizzata la tempestiva completa e regolare instaurazione del contraddittorio, ritiene il Collegio la ritualità della istaurazione del rapporto processuale anche con riferimento al ricorso recante il numero 992/2008 di R.G.

3. I ricorsi sono, nel merito, fondati e meritevoli di accoglimento per il primo ed assorbente profilo di censura. Osserva, infatti, il Collegio che sebbene le ordinanze censurate rechino nelle loro premesse la ripetuta citazione dell'art. 7, comma 1, lettere a) e b), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 — norma che autorizza il Sindaco all'adozione di misure di limitazione del traffico veicolare a tutela della salute pubblica e che è stata specificamente richiamata anche dall'art. 3 l. n. 413/1997 in tema di prevenzione dell'inquinamento atmosferico — esse in realtà devono essere ricondotte, come per altro ammette anche la

difesa della stessa amministrazione comunale, tra quelle specificamente previste dal successivo comma 9 del medesimo articolo, in virtù del quale "I comuni possono subordinare l'ingresso o la circolazione dei veicoli a motore, all'interno delle zone a traffico limitato, anche al pagamento di una somma. Con direttiva emanata dall'Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale entro un anno dall'entrata in vigore del presente codice, sono individuate le tipologie dei comuni che possono avvalersi di tale facoltà, nonché le modalità di riscossione del pagamento e le categorie dei veicoli esentati". Ed invero le tre ordinanze - dopo avere individuato le categorie di veicoli ammessi alla circolazione nelle ZTL, vuoi per requisiti di ordine oggettivo (tipologia e categoria di omologazione EURO da 1 a 4) che per profili di ordine soggettivo (appartenenza a soggetti pubblici o a soggetti privati residenti in determinati luoghi) — impongono per tutti i veicoli ammessi l'acquisizione a pagamento — secondo un piano tariffario non ancorato al mero costo di emissione del pass, ma variabile in ragione delle caratteristiche e della cilindrate del veicolo nonché della zona di residenza del proprietario - di un pass avente funzione di abilitazione all'accesso e di identificazione ai fini dei controlli con validità per ciascun tipo prevista e rinnovabile previo pagamento della somma indicata. In particolare la modulazione della tariffa in ragione della tipologia di omologazione e della cilindrata del veicolo e del luogo di residenza del proprietario, oltre che il rinnovo periodico previo nuovo pagamento, inducono ad escludere che le delibere impugnate

possano esulare dall'ambito di applicazione del citato comma 9 dell'art. 7 CdS (subordinazione dell'ingresso o della circolazione dei veicoli a motore all'interno delle zone a traffico limitato al pagamento di una somma) ed essere ricondotte nella nozione dei provvedimenti limitativi della circolazione di cui al comma 1 del medesimo articolo. Così identificato il parametro normativo di riferimento, il Collegio ritiene che le ordinanze impugnate non sfuggano alla censura di violazione del citato comma 9 dell'art. 7 CdS per l'acclarata - ed ammessa dalla stessa difesa dell'amministrazione comunale - mancanza del Piano Urbano del Traffico, la cui esistenza è invece imposta dalle direttive ministeriali previste dalla stessa norma. Ed invero il comma 9 dell'art. 7 del decreto legislativo 30 aprile n. 285, come modificato dal decreto legislativo 10 settembre 1993, n. 360 (CdS), dà facoltà ai comuni di subordinare al pagamento di una somma l'ingresso o la circolazione dei veicoli a motore all'interno delle zone a traffico limitato, demandando ad una direttiva dall'ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale la definizione delle tipologie di comuni che possono avvalersi di tale facoltà, delle modalità di riscossione del pagamento, delle categorie dei veicoli a motore da esentare. L'Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale ha diramato la citata direttiva con circolare 21 luglio 1997, n. 3816, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 213 del 12.09.1997, nella quale — dopo aver premesso a) che la tariffazione degli accessi alle zone a traffico limitato si inserisce nelle strategie

generali d'intervento per migliorare la mobilità urbana e più precisamente rappresenta una forma mediata di disincentivazione dell'uso dei veicoli a motore per il trasporto individuale privato attraverso l'intervento sulla domanda di mobilità, e b) che tale domanda non può in alcun modo essere limitata ma unicamente orientata verso modalità alternative di trasporto, a carattere o spaziale o temporale o modale, e che la tariffazione degli accessi non può essere considerata una misura a sè stante ma deve essere studiata ed attuata nell'ambito delle strategie generali d'intervento del Piano urbano del traffico - ha prescritto che i comuni, per poter subordinare l'accesso alle zone a traffico limitato al pagamento di una somma, devono:

- aver istituito una ZTL (zona a traffico limitato) ai sensi dell'art. 7, comma 9 del CdS; - aver adottato il Piano urbano del traffico ai sensi dell'art. 36 del CdS;
- aver introdotto la tariffazione degli accessi alla ZTL all'interno del Piano urbano del traffico, avendo verificato che tale provvedimento (che costituisce una ulteriore misura di selezione rispetto alla limitazione dell'accesso ad ore prestabilite o a particolari categorie di utenti e di veicoli a motore) si rende effettivamente necessario per il raggiungimento degli obiettivi del Piano urbano del traffico. Di tale verifica deve essere data documentazione di uno specifico paragrafo della relazione tecnica che accompagna il suddetto Piano. Né può esser condivisa la prospettazione difensiva secondo la quale le ordinanze censurate rientrerebbero nella ipotesi di

tariffazione sperimentale parimenti prevista dalla citata direttiva ministeriale, in virtù della quale è ammessa l'adozione della tariffazione degli accessi per i comuni che non hanno ancora adottato il Piano urbano del traffico, unicamente in via sperimentale e per un periodo non superiore ad un anno, a condizione che nella relazione tecnica che dovrà accompagnare il progetto di tariffazione siano precisati gli obiettivi ed i relativi criteri di verifica.
Ed infatti, se pure le ordinanze recano effettivamente una clausola relativa ad un loro carattere sperimentale, tale clausola attiene alla modificabilità della disciplina di dettaglio della regolamentazione degli accessi e dei requisiti di rilascio dei pass e non alla durata della stessa regolamentazione che invece, in assenza di alcun termine di efficacia e proprio in ragione della ricordata previsione di rinnovo dei pass alle scadenze previste per ciascuna categoria nell'allegato 2, appare avere carattere tendenzialmente permanente.
Egualmente infondata appare la deduzione difensiva svolta dalla difesa della TD Group, secondo la quale i poteri esercitati dal Sindaco con le impugnate ordinanze troverebbero la loro fonte nella diversa normativa in tema di prevenzione dell'inquinamento atmosferico e sfuggirebbero, quindi, alle prescrizioni dettate dal Codice della strada.
Osserva, infatti, il Collegio che effettivamente ai sensi dell'art. 3 legge n. 413/1997 "I sindaci possono adottare le misure di limitazione della circolazione di cui all'articolo 7, comma 1, lettere a) e b), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, per esigenze di prevenzione dell'inquinamento atmosferico, sulla

base dei criteri ambientali e sanitari stabiliti con decreto del Ministro dell'ambiente, di concerto con il Ministro della sanità, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge". Deve, però, ritenersi che la testuale previsione della nonna consente l'adozione solo delle misure di cui al comma 1 dell'art. 7 del CdS, e non anche di quelle previste dal successivo comma 9, al quale il Legislatore del 1997 ben avrebbe potuto fare riferimento se avesse voluto disporre in tal senso. 4. L'accoglimento della superiore, assorbente, censura comporta quindi l'annullamento delle tre ordinanze sindacali n. 36 del 18 febbraio 2008, n. 108 del 2 maggio 2008 e n. 152 del 13 giugno 2008, nonché della deliberazione dí G.M. n. 213 dell'1.08.2007, limitatamente alla parte nella quale ha adottato una prima disciplina di tariffazione, dalla quale il Sindaco ha preso le mosse per la fissazione delle tariffe operata nelle proprie successive ordinanze. Sfuggono, invece, all'annullamento gli ulteriori atti censurati perché, indipendentemente dagli eventuali profili relativi alla tardività dell'impugnazione, i ricorrenti non mostrano di avere alcun interesse alla loro rimozione né deducono alcuna censura specificamente riferibile agli stessi atti. In relazione all'andamento complessivo della vicenda, ritiene il Collegio di dover disporre la trasmissione di copia della presente sentenza alla Procura Regionale presso la Sezione Giurisdizionale per la Regione Siciliana della Corte dei Conti, per le eventuali valutazioni di competenza. In relazione alla natura sostanzialmente collettiva dell'impugnativa e degli interessi coinvolti, sussistono validi motivi per disporre la

compensazione tra le parti delle spese del giudizio

P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione prima, riunisce i ricorsi in epigrafe e li accoglie per quanto di ragione, disponendo l'annullamento degli atti in motivazione indicati. Dispone la trasmissione a cura della Segreteria di copia della presente sentenza alla Procura Regionale presso la Sezione Giurisdizionale per la Regione Sicilia della Corte dei Conti. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa. Così deciso in Palermo, nella Camera di Consiglio del 24 giugno 2008

II. AZIONE INIBITORIA E CLAUSOLE VESSATORIE

Il presente capitolo tratta delle pronunce della giurisprudenza siciliana in materia di clausole vessatorie, e della relativa azione inibitoria, nonché in materia di azione inibitoria generale a tutela dei consumatori. I provvedimenti in commento sono tutti basati sulle (abrogate) disposizioni di cui agli artt. 1469 bis e ss. del codice civile nonché della legge n. 281 del 1998. La normativa di riferimento è oggi contenuta nel Decreto Legislativo 6 settembre 2005 n. 206, recante "Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori, cosiddetto Codice del Consumo, il quale mediante un'opera di codificazione, ha accorpato in un unico testo normativo disposizioni prima contenute sia nel codice civile, sia in leggi speciali.

I provvedimenti in commento offrono lo spunto per approfondire i temi della trasposizione delle norme sulla azione inibitoria nel nuovo Codice del Consumo; della legittimazione attiva delle associazioni dei consumatori e delle camere di commercio; della legittimazione passiva del professionista e delle associazioni di professionisti che utilizzi(no) o raccomandi(no) l'utilizzazione di clausole abusive; della giurisdizione e della competenza; dell'azione inibitoria cautelare e del problema dei "giusti motivi d'urgenza"; dei criteri di valutazione del

carattere vessatorio delle clausole ai fini dell'inibitoria; della pubblicazione e della mancata esecuzione della sentenza e, infine, della azione generale di cui all'art. 140 del Codice del Consumo (già prevista dall'art. 3 della l. 281/1998).

Viene inoltre analizzata una pronunzia del Tribunale di Palermo riguardante una azione individuale volta alla declaratoria di inefficacia di talune clausole contenute in un contratto di erogazione di energia elettrica. Non si tratta, dunque, dell'esercizio del rimedio general-preventivo di cui all'art. 37 del Codice del Consumo, ma di una azione ordinaria esercitata da un singolo consumatore in relazione a clausole contrattuali contenute in un contratto dallo stesso sottoscritto.

L'art. 37 del Codice, nel disciplinare l'azione inibitoria collettiva relativa alle clausole vessatorie, ha riprodotto, con alcune significative innovazioni, il testo del previgente articolo 1469 sexies c.c.. La norma prevede che "*le associazioni rappresentative dei consumatori, di cui all'art. 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione dei professionisti che utilizzano o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente capo. L'inibitoria può essere concessa, quando*

ricorrono giusti motivi d'urgenza, ai sensi degli artt. 669 bis e seguenti del codice di procedura civile. Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale. Per quanto non previsto dal presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1, si applicano le disposizioni di cui all' art. 140".

Contro il professionista, dunque, o le associazioni di professionisti che utilizzano o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto dal contenuto vessatorio, possono agire le associazioni rappresentative dei professionisti, le Camere di Commercio e le associazioni rappresentative dei consumatori che, secondo il testo novellato, siano iscritte nell'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale di cui all'art. 137 Cod. Cons..

In occasione della trasposizione nel Codice del Consumo della disciplina delle clausole vessatorie e dei relativi strumenti inibitori, il legislatore della riforma ha operato un'ulteriore modificazione: all'art. 37, comma 4, Cod. Cons., è, infatti, previsto che alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori si applichi la disciplina processuale dei giudizi promossi attraverso l'esercizio dell'inibitoria "generale" a tutela degli interessi collettivi dei consumatori di cui all'art. 140 Cod. Cons.. Tale ultima

disposizione inserisce all'interno del Codice l'istituto già previsto dall'art. 3 della legge n. 281 del 1998 consentendo alle associazioni iscritte all'elenco di cui all'art. 137 del Codice stesso (allora art. 5 della stessa legge) di agire in giudizio a tutela dei diritti collettivi dei consumatori, con la possibilità di chiedere al giudice competente:

1) di inibire gli atti ed i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori;

2) di far adottare tutte le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate;

3) di ordinare la pubblicazione del provvedimento giudiziale su uno o più quotidiani nazionali o locali, nei casi in cui la pubblicazione possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

L'art. 37 del Cod. Cons., nel riprodurre fedelmente il testo dell'abrogato articolo 1469 sexies c.c., stabilisce che possono agire per la inibizione di clausole vessatorie le associazioni rappresentative dei consumatori, le associazioni dei professionisti e le Camere di Commercio.

La scelta di riservare la legittimazione attiva ai soggetti collettivi, a ben vedere, trova fondamento nella stessa natura dell'azione inibitoria, la quale, a differenza dell'azione individuale, consente di raggiungere una (maggiore) omogeneità e diffusione del sindacato di vessatorietà: la pronuncia resa all'esito del relativo giudizio produce infatti i suoi effetti nei

confronti del professionista convenuto in giudizio, il quale non potrà più utilizzare, o raccomandare la utilizzazione, delle clausole inibite, ma costituisce altresì un precedente giurisprudenziale "persuasivo" per tutti i professionisti che impiegano condizioni generali di contratto analoghe a quelle di cui sia stato accertato il carattere vessatorio. La pronuncia risponde, infatti, alle esigenze di una molteplicità di soggetti (consumatori) non individualmente identificabili, i quali non saranno più danneggiati dalla inserzione delle clausole - il cui uso è stato inibito - nel singolo contratto.

L'azione inibitoria contemplata all'art. 37 del Cod. Cons risponde, dunque, all'esigenza di garantire la tutela degli interessi diffusi, cioe dei "valori ed interessi che fanno capo non ai singoli, ma ad una pluralità di individui, per la cui difesa sono legittimati ad agire determinati enti, associazioni o comitati, riconosciuti quali «enti esponenziali»15, ossia quali organismi legittimati a farsi portatori od esponenti di tali interessi. Le associazioni dei consumatori, come quelle dei professionisti, possono, per 1'appunto, essere inquadrate fra tali enti esponenziali.

Quanto all'individuazione delle associazioni dei consumatori legittimate all'azione inibitoria, occorre precisare che

15 Maneschi, *La difesa del consumatore dalle clausole vessatorie,* 1997, p.99

il vecchio testo dell'art. 1469 sexies, co. 1, c.c., non forniva alcuna definizione in merito, limitandosi ad indicarle come soggetti legittimati all'esercizio dell'azione inibitoria se rappresentative dei consumatori. L'eccessiva genericità della formula legislativa adottata nel codice civile e la carenza di requisiti legali di rappresentatività, non aveva potuto dunque che suscitare un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine all'individuazione dei parametri da seguire al fine di operare tale tipo di valutazione. A fronte dell'utilizzazione, nel dettato normativo, di un concetto - quello della "rappresentatività" - assolutamente sganciato da indici che ne specificassero il contenuto, la giurisprudenza (ed un ruolo fondamentale in tal senso hanno avuto le pronunce del Tribunale di Palermo) si è fatta carico di individuare i criteri in base ai quale valutare la sussistenza o meno di tale requisito e, conseguentemente, della legittimazione, rinvenendoli nell'attività svolta in passato a favore dei consumatori, nelle iniziative giudiziarie, nel contenuto degli statuti, nel radicamento nel territorio dell'associazione, ovvero ancora nel riconoscimento pubblico ottenuto dal sodalizio.

Secondo una delle prime pronunce in commento (**Trib. Palermo, ord. 24 gennaio 1997**), legittimate ad esercitare l'azione inibitoria sono le «associazioni rappresentative dei consumatori» che abbiano quale scopo statutario la tutela

degl'interessi della categoria, dovendosi prescindere da una valutazione della loro maggiore o minore rappresentatività e rilevanza dal punto di vista quantitativo. In particolare, secondo la decisione, giacché "*il legislatore ha attribuito la legittimazione ad agire in giudizio alle «associazioni rappresentative dei consumatori», senza fare riferimento a criteri quantitativi o di minore o maggiore rappresentatività, devono ritenersi tali le associazioni che hanno tra i propri scopi quello di tutelare gli interessi della suddetta categoria".*

Successivamente la giurisprudenza ha affermato che "*una base solida e territorialmente radicata*" è atta a conferire idonea rappresentatività all'associazione (**Trib. Palermo, ord. 28 febbraio 1997**); ha poi specificato come indice di rappresentatività, oltre alla previsione statutaria della tutela dei consumatori, anche il raggiungimento di "*un significativo grado di continuità ed effettività nel conseguimento di tale obiettivo*" (**Trib. Palermo, sent. 2 giugno 1998**), oltre al forte radicamento nel territorio e un significativo grado di continuità ed effettività nel conseguimento dei propri fini statutari (**Trib. Palermo, sent. 11 luglio 2000**).

Con l'entrata in vigore della legge n. 281/98, oggi confluita nel Codice del Consumo, che ne ha disposto la formale abrogazione, le associazioni dei consumatori sono state definite quali

«*formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti*» (cfr. art. 2, lett. b), legge 281/1998, oggi art. 3, comma primo, lett. b), Cod. Cons.).

Tale specifica definizione ha l'obiettivo di distinguere le associazioni dei consumatori da altre aggregazioni sociali che, direttamente o indirettamente, e insieme con altri scopi, hanno l'obiettivo di tutelare i consumatori quali potrebbero essere (e per certi versi sono) i partiti politici, i sindacati dei lavoratori, le aggregazioni aziendali. La giurisprudenza (**Trib. Palermo, sent. 19 febbraio 2005**) non ha conseguentemente riconosciuto ad una associazione di ex dipendenti in quiescenza la qualifica di associazione che agisce a tutela di consumatori negando, quindi, la legittimazione ad esperire l'azione inibitoria.

L'entrata in vigore della legge 281 del 1998 ha tuttavia suscitato problemi di coordinamento tra la nozione di rappresentatività di cui all'art. 1469 sexies (oggi art. 37 Cod. Cons.) e i requisiti necessari ai fini dell'iscrizione dell'associazione nell'elenco delle Associazioni dei Consumatori e degli Utenti rappresentative a livello nazionale elencati all'art. 5 di tale legge (oggi art. 137 Cod. Cons.)[16]. Si poneva, in sintesi, il

16 Secondo quanto disposto dal comma 2 dell'art. 137 del Codice del Consumo, analogamente a quanto disposto

problema se per esperire l'azione inibitoria di clausole vessatorie (di cui oggi all'art. 37 Cod. Cons.) era necessario che l'associazione fosse iscritta nell'elenco delle associazioni rappresentative, iscrizione testualmente richiesta per agire in giudizio con l'inibitoria c.d. generale. In merito a tale questione si ricorda la tesi sostenuta dai giudici palermitani (**Trib. Palermo, ord. 10 gennaio 2000**), resa nel

---

dall'abrogato art. 5 della L. 281/98, l'iscrizione nell'elenco è subordinata al possesso, da comprovare con la presentazione di documentazione conforme alle prescrizioni e alle procedure stabilite con decreto del Ministro delle attività produttive, dei seguenti requisiti: a) avvenuta costituzione, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, da almeno tre anni e possesso di uno statuto che sancisca un ordinamento a base democratica e preveda come scopo esclusivo la tutela dei consumatori e degli utenti, senza fine di lucro; b) tenuta di un elenco degli iscritti, aggiornato annualmente con l'indicazione delle quote versate direttamente all'associazione per gli scopi statutari; c) numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille della popolazione nazionale e presenza sul territorio di almeno cinque regioni o province autonome, con un numero di iscritti non inferiore allo 0,2 per mille degli abitanti di ciascuna di esse, da certificare con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa dal legale rappresentante dell'associazione con le modalità di cui agli articoli 46 e seguenti del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; d) elaborazione di un bilancio annuale delle entrate e delle uscite con indicazione delle quote versate dagli associati e tenuta dei libri contabili, conformemente alle norme vigenti in materia di contabilità delle associazioni non riconosciute; e) svolgimento di un'attività continuativa nei tre anni precedenti; f) non avere i suoi rappresentanti legali subito alcuna condanna, passata in giudicato, in relazione all'attività dell'associazione medesima, e non rivestire i medesimi rappresentanti la qualifica di imprenditori o di amministratori di imprese di produzione e servizi in qualsiasi forma costituite, per gli stessi settori in cui opera l'associazione.

procedimento cautelare promosso da un'associazione dei consumatori contro l'azienda erogatrice del servizio di distribuzione idrica. L'azienda convenuta aveva eccepito il difetto di legittimazione attiva dell'associazione dei consumatori sulla base della mancata iscrizione di questa nell'elenco di cui all'art. 5 della l. 281/98; il Tribunale palermitano ha invece ritenuto infondata tale eccezione in considerazione del fatto che l'elenco, al momento dell'instaurazione del procedimento, non era stato costituito, "*di tal che non può farsi ancora ricorso, al fine di valutare la sussistenza della legittimazione attiva dell'associazione, al criterio dettato dall'art. 3 della citata legge 281/989 (...) che altrimenti per le associazioni rappresentative resterebbe esclusa in radice la possibilità di agire per l'inibizione delle clausole vessatorie, in contrasto sia col disposto di cui allo stesso art.1469 sexies c.c., sia con l' art. 7 della direttiva 93/13/CEE concernente appunto le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. (...) Non v'è dubbio che, posticipare fino al momento della costituzione dell'elenco di cui all'art.5 della L. 30/7/1998 n.281, la possibilità, per le organizzazioni rappresentative dei consumatori, di adire l'autorità giudiziaria, costituirebbe un'illegittima compressione delle possibilità riconosciute dalla direttiva europea, e svuoterebbe di efficacia anche la legittimazione che l'art. 1469 sexies c.c. attribuisce direttamente alle associazioni*

rappresentative dei consumatori a prescindere dall'inserzione in qualsiasi speciale elenco". Sulla base di tali premesse, il giudice siciliano ha dunque riconosciuto la legittimazione dell'associazione ricorrente in quanto dotata di un'ampia struttura, con sedi diffuse in tutto il territorio nazionale, e in quanto particolarmente attiva nel campo della protezione dei diritti dei consumatori.

La problematica è stata tuttavia risolta in sede legislativa. L'art. 37 Cod. Cons. stabilisce che legittimate all'esercizio dell'azione inibitoria sono esclusivamente le associazioni dei consumatori di cui all'art. 137, ossia quelle inserite nell'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale. Il nuovo assetto legislativo, come osservato in dottrina, sembra quindi operare un depauperamento del novero potenziale delle associazioni legittimate, atteso che, nel precedente regime, si riteneva che, ai sensi dell'art. 1469 sexies, c.c., "*la rappresentatività delle associazioni dei consumatori venisse apprezzata dal giudice senza particolari limitazioni, non rilevando i parametri all'uopo stabiliti dalla legge sui diritti dei consumatori ed utenti".*

L'art. 37 Cod. Cons. affida la legittimazione attiva per l'azione inibitoria anche alle Camere di Commercio. Tali soggetti, rispetto alle associazioni dei consumatori, sono stati molto meno attivi in questi anni di prime applicazioni concrete della nuova azione. Sotto un

profilo strettamente normativo le Camere di Commercio si dovrebbero indirizzare, prevalentemente, ad un controllo di tipo preventivo[17].

I soggetti legittimati passivamente all'azione inibitoria sono i professionisti e le associazioni dei professionisti.

Ai sensi dell'art.3, comma primo, lett. e) Cod. Cons., è professionista "*la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, ovvero un suo intermediario* ". La definizione accolta dal Codice, a ben vedere, oltre a riprodurre sostanzialmente il contenuto dell'ormai abrogato art. 1469 bis c.c., secondo il quale tale era da intendersi professionista la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma (ossia il contratto concluso tra il consumatore ed il professionista), prevede, quale altro soggetto legittimato passivamente, l'intermediario del

17 Ciò si deduce dal fatto che le Camere di Commercio - secondo l'art. 2, commi 4 e 5, della L.580/1993 - Riordino delle camere di commercio, artigianato e agricoltura - "possono promuovere la costituzione di Commissioni arbitrali o conciliative per le controversie, sia fra imprese, sia fra imprese e consumatori ed utenti" (lett. a); "predisporre e promuovere contratti-tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti" (lett. b); "promuovere forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti" (lett. c); "costituirsi parte civile nei giudizi relativi ai diritti contro l'economia pubblica, l'industria ed il commercio e promuovere azioni per la repressione della concorrenza sleale" (lett. d).

professionista. Questa innovazione non appare di agevole lettura: essa probabilmente deve essere intesa nel senso che, quando il consumatore si trova di fronte ad un intermediario che agisce per conto (ed eventualmente anche in nome) di un professionista, le norme dettate a sua tutela trovano applicazione a prescindere dalla circostanza che le condotte tenute dall'intermediario nei confronti del consumatore siano state (o meno) poste in essere nell'esercizio dell'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta [18].

Con riguardo alla figura del professionista, si evidenzia che la giurisprudenza (**Trib. di Palermo, sent. 3 febbraio 1999**), nell'ambito di un'azione inibitoria cautelare contro una società esercente trasporto marittimo, a capitale pubblico, ha chiarito che nella figura di professionista il legislatore ha "*ricompreso espressamente sia colui che esercita un'attività imprenditoriale, caratterizzata dal fine primario di produrre reddito, sia colui che svolge un'attività professionale, cioè un'attività di prestazione di servizi e cessione dei beni non necessariamente finalizzata alla produzione di utili, ma che in ogni caso sì avvale di un'organizzazione stabile e duratura, non occasionale. Nell'ambito della norma in esame il termine "professionale" è utilizzato (non in antitesi*

18 De Cristofaro ., *Il Codice del Consumo: un'occasione perduta?*, in Studium iuris, 2005, fasc. n. 10, p. l 140.

a interesse pubblico ma) in contrapposizione al termine "occasionale", cioè per qualificare un'attività che viene svolta in modo sufficientemente durevole e stabile e con un certo apporto organizzativo. Il legislatore ha inoltre espresso a chiare lettere che anche la persona giuridica pubblica, che per definizione persegue esclusivamente finalità di interesse generale, può svolgere un'attività professionale o, addirittura, anche imprenditoriale". In una successiva pronuncia (**Trib. Palermo, sez. dist. di Monreale, ord. 4 luglio 2000**) è stato chiarito che nella figura di professionista "*il legislatore ha ricompreso espressamente sia colui che esercita un'attività imprenditoriale, caratterizzata dal fine primario di produrre reddito, sia colui che svolge un'attività professionale, cioè un'attività di prestazione di beni e servizi e cessione di beni non necessariamente finalizzata alla produzione di utili, ma che in ogni caso si avvale di un'organizzazione stabile e duratura*" e poi ancora, in termini ancor più generali (**Trib. Palermo, ord. recl. 19 settembre 2000**) il termine "professionista" va inteso nel senso che comprende chiunque non occasionalmente svolga attività di prestazione di servizi e cessione di beni, con una stabile struttura organizzativa, ancorché senza fini di lucro.

In ragione dell'estrema ampiezza del termine usato dal legislatore, la dottrina ha ritenuto di annoverare tra i professionisti anche gli enti che, pur

sforniti di personalità giuridica, siano comunque dotati di soggettività giuridica ed esercitino attività imprenditoriale o professionale, come, ad esempio, società di persone tra professionisti, studi professionali associati, associazioni non riconosciute[19].

L'art. 37 Cod. Cons. prevede che gli enti esponenziali possano convenire in giudizio i professionisti o le associazioni di professionisti che utilizzano, ovvero che raccomandano l'utilizzo, di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività. Affinché possa essere attuata la tutela inibitoria, l'art. 37 Cod. Cons. richiede, quindi, che i soggetti legittimati passivamente utilizzino ovvero "raccomandino l'utilizzo di condizioni generali di contratto" che contengano clausole abusive[20].

Tenuto conto dell'evidente volontà del legislatore di approntare una tutela generale e preventiva in favore dei consumatori, si deve ritenere che

---

19 Cian G., *Il nuovo capo XIV del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori,* in Studium Iurius, 1996, p.413; Poddighe E., *I contratti con i consumatori - la disciplina delle clausole vessatorie*, Milano, 2000, p.45. Tale interpretazione estensiva si riferisce alla previsione del vecchio testo dell'art. 1469 sexies, c.c., ma si ritiene utilmente applicabile anche alla nuova norma di cui all'art.3, co. 1, lett. c), cod. cons..

20 Con riguardo a tale ultimo inciso, si evidenzia come l'aggiunta dell'espressione "che raccomandano l'utilizzo" fosse stata disposta già con la legge 3 febbraio 2003 n. 14.

«l'utilizzazione» non debba essere intesa esclusivamente in termini di concretezza ed effettività, nel senso, quindi, dell'impiego in specifiche condizioni di contratto con la formazione di una volontà negoziale attraverso la sottoscrizione da parte del consumatore; l'azione inibitoria garantisce, infatti, una forma di tutela preventiva, per cui l'associazione o l'ente esponenziale che agisce lo fa proprio per impedire che si concreti la violazione del diritto e la conseguente produzione del danno attraverso l'inserimento di clausole vessatorie nelle fattispecie contrattuali individuali. L'azione inibitoria può, quindi, essere esperita anche con riferimento a condizioni generali predisposte dal professionista al fine di disciplinare i contratti con i consumatori, seppur queste non siano (state) concretamente applicate[21]. Per le stesse ragioni si deve ritenere che la possibilità di richiedere l'inibitoria trovi applicazione non solo nell'ipotesi in cui il professionista abbia provveduto autonomamente alla predisposizione delle condizioni generali di contratto aventi contenuto vessatorio, ma anche qualora si sia avvalso dell'opera di terzi ai fini della loro formulazione[22].

---

21 In senso contrario, Contra Trib. di Roma, ordinanza del 14/10/98 in Contratti, 1998, 580 , secondo cui «la concreta applicazione ed utilizzazione da parte dell'impresa delle condizioni generali di contratto costituisce presupposto dell'azione inibitoria ex art.1469 sexies c.c.».

22 In tal senso De Nova G., *Le clausole vessatorie. Art.25 L.6 febbraio 1996 n.52, 1996*, Giuffrè, Milano; Belelli A.,*Commento*

I giudici siciliani si sono, inoltre, occupati di chiarire i profili legati al riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di controversie di natura contrattuale afferenti l'esercizio di servizi pubblici sotto lo specifico profilò della individuazione del giudice competente a conoscere della domanda di inibitoria. In particolare, il **Tribunale di Palermo - ord. 5 settembre 1999** - ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice adito sollevata dalla resistente quale società a capitale pubblico che gestisce un servizio pubblico di navigazione in considerazione della circostanza che "*il legislatore ha espressamente attribuito al Giudice ordinario la competenza a decidere in ordine alla inefficacia delle clausole vessatorie utilizzate dal professionista ente pubblico, come si desume dal combinato disposto degli artt. 1469 bis, II co., e 1469 sexies c.c. pertanto, anche i contratti predisposti o autorizzati dall'Autorità Amministrativa, come quello in esame, possono essere conosciuti in via principale da parte dell'Autorità Giudiziaria ordinaria. Peraltro tale attribuzione rientra nei principi di riparto della giurisdizione tra Giudice amministrativo e Giudice ordinario già da tempo enucleati dalla giurisprudenza secondo cui le questioni attinenti alla*

---

sub art. 1469 sexies in Commentario al Capo XIV bis del Codice Civile: dei contratti del consumatore in Le nuove leggi civili commentate, 1997, p.1261.

validità, efficacia ed esecuzione dei contratti di diritto privato stipulati con la P.A sono di competenza del secondo". Nello stesso procedimento, nella successiva fase del reclamo (**Trib. Palermo, ord. recl. 22 ottobre 1997**), i giudici hanno avuto modo di chiarire che *"la domanda in esame (inibitoria di clausole contrattuali abusive nei contratti stipulati con i consumatori) è soggetta ad un regime giuridico, sotto il profilo del riparto della giurisdizione, (…) non già in funzione della natura pubblica o privata del soggetto predisponente ovvero dell'interesse pubblico o privato sotteso alla prestazione contrattuale, bensì in considerazione della peculiare categoria dei rapporti contrattuali in esame, caratterizzata strutturalmente - nella fase genetica - dalla assenza di contrattazione, e dalla conseguente possibile iniquità di condizioni contrattuali sostanzialmente imposte. La tutela giurisdizionale, sia sotto il profilo del tipo di azione concessa che in relazione all'individuazione del giudice competente, si modella così in relazione ad un terzo elemento: non risulta decisivo l'aspetto della natura del soggetto predisponente, né quello dell'oggetto della prestazione dedotta in contratto, ma quello (in certo senso oggettivo e soggettivo) dello squilibrio tra le parti che incida sulle modalità dì conclusione del contratto e sulla conseguente regolamentazione delle fasi - fisiologica ed eventualmente patologica - del rapporto contrattuale. In altre parole, la*

scelta di valore compiuta dal legislatore tende a tutelare in via generale e preventiva gli utenti-consumatori, rispetto al rischio della conclusione di contratti iniqui (…)". Altro argomento a favore della competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria si rinviene dal combinato disposto del 1° e del 2° comma dell'art. 37 Cod. Cons. Invero, la norma di cui al primo comma prevede che l'azione venga esperita davanti al giudice competente, mentre al secondo comma dello stesso articolo vi è un rinvio espresso agli art. 669 bis e 55. c.p.c. per disciplinare il procedimento dell'azione inibitoria incoata in via d'urgenza. Da tale richiamo delle norme del codice di procedura civile ne discende necessariamente che il giudice competente di cui al primo comma sia il giudice ordinario a meno che non si voglia pervenire alla conclusione (certamente insostenibile) che la giurisdizione cambi a seconda che una stessa azione venga esperita in via ordinaria o in via d'urgenza (così **Trib. di Palermo, sent. 3 febbraio 1999** nonché **Trib. di Palermo, sez. dist. Monreale, 4 luglio 2000** entrambe riferendosi al combinato disposto del 1° e del 2° comma dell'art. 1469 sexies). A sostegno della giurisdizione del giudice ordinario e non del giudice amministrativo la giurisprudenza ha ulteriormente evidenziato che non trova applicazione l'art 33 del D.Lvo 31 marzo 1998 n. 80, né nel testo originario, poi dichiarato incostituzionale, né nella formulazione

introdotta dalla legge n. 205 del 2000. Tale norma devolve, in effetti, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ma dopo aver elencato esemplificativamente le principali tipologie di controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, specifica (comma 2, lett. f) che queste comprendono anche quelle concernenti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati. Alla stregua di tale ultima notazione i giudici (**Trib. Palermo, ord. 10 gennaio 2000** e **Trib. di Palermo, ord. Recl. 18 settembre 2000**) hanno ritenuto devoluta alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la cognizione dell'azione inibitoria promossa contro il soggetto gestore del servizio idrico, atteso che l'associazione attrice agiva in qualità di ente rappresentativo di interessi di cui sono portatori i singoli consumatori in qualità dì contraenti con l'ente erogatore del servizio idrico, e non già in qualità di soggetto delegato alla tutela di interessi collettivi astrattamente inidonei alla configurazione di una controversia individuale.

Il secondo comma dell'art. 37 del Codice prevede che quando sussistono "giusti motivi d'urgenza", l'inibitoria può essere concessa “ai sensi degli art. 669 bis e seguenti del codice di procedura civile”. Si tratta della c.d. inibitoria cautelare. Tali

procedimenti si svolgono in maniera più celere dei giudizi ordinari; di contro, però, la cognizione del giudice è sommaria e, in base al disposto dell'art. 669 sexies c.p.c, il magistrato può "*omettere ogni formalità non essenziale al contraddittorio", procedendo nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione "indispensabili*". Le maggiori difficoltà interpretative nascono in relazione alle parole «giusti motivi di urgenza». A tal proposito si evidenzia che il legislatore ha inserito le parole «giusti motivi», mentre, in altre disposizioni in cui ha voluto rimarcare l'eccezionalità dello strumento processuale, ha utilizzato la locuzione «gravi motivi». Il termine "giusti motivi" è spesso usato dal legislatore in caso di valutazioni rimesse alla ampia discrezionalità del magistrato ed in cui non vi sono dei rigidi criteri prefissati, come nel caso, ad esempio, dell'art. 92, comma secondo c.p.c. e 641 c.p.c.[23].

Il confronto pratico con un'azione radicalmente nuova, del tutto innovativa

23 La giurisprudenza civile formatisi in relazione ai "giusti motivi" di cui all'art. 92 c.p.c. ha del resto già assunto tale posizione, statuendo che i giusti motivi sfuggono, per loro stessa natura, a qualsiasi enunciazione o catalogazione, anche soltanto esemplificativa, e l'indagine in ordine alla loro ricorrenza, nonché la relativa valutazione, sono rimesse al giudice di merito (Cass, Sez. Lav., 22/04/2000, n. 5305). Anche la giurisprudenza amministrativa - sempre in relazione all'art. 92 c.p.c. - ha precisato che la valutazione dei giusti motivi appartiene al discrezionale apprezzamento del collegio giudicante, insindacabile in appello se non per manifesta illogicità (C. Stato, sez. VI, 02/03/1999, n. 234).

per il nostro ordinamento, ha creato problemi interpretativi generando alcuni orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, cui ha in maniera rilevante contribuito il Tribunale di Palermo con alcune delle pronunce in commento, circa i "giusti motivi d'urgenza".

Vi è un prima tesi c.d. 'qualitativa' e del 'pregiudizio irreparabile' secondo sussistono i «giusti motivi» quando "*il bene oggetto delle condizioni generali di contratto sia essenziale ovvero quando il danno risentito dai consumatori per effetto della diffusione di tali condizioni sia immediato e non suscettibile di riparazione per equivalente*"[24]. Tale orientamento è stato ulteriormente specificato[25] ritenendo la sussistenza di motivi d'urgenza se «l'inserimento nel regolamento delle clausole abusive sia finalizzato, in via esclusiva o principale, all'ottenimento di vantaggi non consentiti, ciò che si verifica quando la prestazione offerta dal professionista non corrisponde nei suoi tratti essenziali a quella astrattamente prevista ovvero se ne discosta in misura tale da perdere il carattere di controprestazione rispetto a quella richiesta dal consumatore» o ancora

24 Cfr. Trib. Torino, 4 ottobre 1996, in Foro It. 1997, I, 288 e 16 agosto 1996, in Foro It., 1997, 1288.

25 Trib. Roma 24/3/1998, in Foro it. 98, I, 3332, Trib. Roma 18/6/1998, in Foro it. 98,1, 3332, Trib. Roma 27/7/1998, in Foro it. 98, 1, 3332, Trib. Roma 29/7/1998, in Foro it., 98, Foro It. 1, 3331, Trib. Roma 31/8/1998,1, 3331.

quando le clausole abusive appaiano idonee a pregiudicare in modo irreparabile esigenze del consumatore relative a beni o servizi destinati a soddisfare bisogni essenziali, o qualora le clausole abusive comportino il pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile a diritti della personalità ovvero anche a diritti di credito la cui lesione debba esser ritenuta irrisarcibile. La dottrina[26] è stata peraltro critica nei confronti di tale orientamento non potendosi ritenere che l'inibitoria cautelare possa esser subordinata ad un accertamento dell'irreversibilità del danno, né all'irreparabilità del danno.

Una seconda tesi, c.d. 'quantitativa' si basa sul presupposto critico della tesi 'qualitativa' sostenendosi che *"non può darsi spazio ad una valutazione qualitativa degli interessi coinvolti, né valutare in concreto il pregiudizio economico che il consumatore singolo può andare a patire per effetto del contratto stesso; deve invece farsi riferimento alla diffusività del fenomeno contrattuale in esame. In altre parole, va considerata la portata della*

26 Togliatto M., Contratto e Impresa / Europa, 1998, 1, pag. 10 e anche, nello stesso senso, Bin, *Clausole vessatorie,* cit., p. 454; De Nova , *L'azione inibitoria* cit., p. 1075 ss.; Ferri, *L'azione inibitoria,* cit., p. 942 ss.; Consolo- De Cristofaro, *Clausole abusive e processo,* cit. p. 480; Consolo, *Tutela urgente,* cit., pp. 212-213; Tommaseo, *Commento all'art. 1469 sexies c.c.,* cit., p. 791; Montesano, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione,* in Riv. Dir. Proc. 1997, p. 1 ss. .

contrattazione in esame, e l'ipotesi che, nella more del procedimento, continui ad essere utilizzata la prassi contrattuale in parte «abusiva» perché sfavorevole al consumatore, su vasta scala; in tali casi vi è elevata probabilità che le clausole continuino a provocare danni, ed il malfatto medio tempore ben difficilmente sarà suscettibile di riparazione, nella presumibile inerzia del consumatore, rendendo impossibile il riequilibrio degli interessi. Diversamente argomentando, non v'è chi non veda la pratica inapplicabilità della cautela invocata, essendo rari i casi di beni effettivamente «essenziali» - con ciò intendendosi necessari per lo svolgimento delle più elementari ed indispensabili pratiche di vita, ovvero beni o servizi in regime di monopolio - oggetto di contrattazione" [27].

---

27 Trib. Roma 2 agosto 1997 in Giust. Civ., 1998 1, 269. Tale tesi è altresì richiamata da coloro i quali hanno cercato di avallare la tesi 'qualitativa' circa i giusti motivi d'urgenza sostenendo che gli stessi non "consistono nel presumibile impiego delle clausole abusive in una serie indefinita di contratti (ed. criterio quantitativo), poiché - essendo tale impiego insito in ogni attività di contrattazione standardizzata - si finirebbe per sostenere chr il *periculum in mora* che connota l'azione inibitoria cautelare sia in *re ipsa*, con conseguente inaccettabile trasformazione dell'inibitoria cautelare in strumento tipico di tutela generale-preventiva, e sostanziale vanificazione dello strumento dell'inibitoria ordinaria. I suddetti giusti motivi d'urgenza ricorrono invero soltanto quando le clausole abusive siano state inserite in contratti disciplinanti la circolazione di beni o servizi che soddisfino primarie esigenze di vita e che siano usufruibili solo in regime di monopolio (ed. criterio qualitativo)" (cfr. Trib. Torino 15/11/1999, in Giur. It., 97,1, 2, 129).

La terza tesi, quella c.d. del "*periculum in re ipsa*", sostiene che il rimedio dell'azione inibitoria cautelare è da configurare quale azione "*nella quale il periculum in mora è insito nello stesso fenomeno che la norma è chiamata a regolare e la cui esistenza è, pertanto, già stata valutata positivamente dal legislatore*"[28]. In giurisprudenza due delle ordinanze in commento possono ricondursi a tale ambito interpretativo. Si tratta delle ordinanze del **Tribunale di Palermo 24 gennaio 1997 e 28 febbraio 1997**. Il primo di tali provvedimenti ha ritenuto sussistere i motivi d'urgenza quando i contratti in cui sono inserite le clausole che si assumono abusive, pur essendo stati conclusi ed eseguiti almeno in parte, sono suscettibili di ulteriore esecuzione nell'immediato futuro, relativamente alla corresponsione del prezzo o relativamente alla risoluzione di controversie, non necessariamente di natura giudiziale, che potrebbero insorgere o essere già insorte nell'esecuzione degli stessi (nella specie, un tour operator aveva offerto pacchetti turistici, rispetto ai quali talune clausole potevano essere invocate anche dopo il termine del periodo promozionale). La seconda delle due decisioni (emessa in sede di reclamo nello stesso procedimento) ha precisato che il rimedio di carattere preventivo e astratto nasce dall'esigenza di evitare che le

28 Cfr. Bin, *Clausole vessatorie: una svolta storica*, in Contratto e impresa/Europa, 1996, 2.

clausole inique siano inserite nei contratti individuali. Non è sufficiente, infatti, che le clausole vengano reputate non scritte, perché dichiarate inefficaci in sede di azione individuale, essendo necessario che esse vengano materialmente espunte dal testo predisposto e offerto al consumatore.

La quarta ed ultima tesi, argomentabile da decisioni del Tribunale di Palermo, può essere definita della 'valutazione specifica'. Tale indirizzo giurisprudenziale ritiene che si debba valutare la sussistenza specifica di ragioni che giustifichino l'emissione di un'ordinanza cautelare. In particolare il **Tribunale di Palermo**, nella **ordinanza del 5 settembre 1997** ha affermato che poiché l'inibitoria «mira ad evitare che il contenuto di condizioni generali inique venga trasfuso nei contratti individuali, essa opera in una fase anteriore a quella in cui può configurarsi un pregiudizio, tradizionalmente inteso, in danno del singolo consumatore, sicché ricondurre i "giusti motivi di urgenza", nella terminologia o nei contenuti, al periculum in mora, vuol dire non tener conto della specificità del giudizio, con conseguente svuotamento della pratica operatività del nuovo strumento di tutela(...)». Il Collegio (in sede di reclamo nello stesso procedimento) con l'ordinanza del 22 ottobre 1997 ha poi precisato che «la concessione dell'inibitoria urgente richiede la sussistenza di ragioni specifiche, ancorché non parametrate su di un concreto pregiudizio ma modellate in

relazione al particolare tipo di azione proposto, tali da giustificare il ricorso al rimedio previsto in via eccezionale piuttosto che a quello previsto in via ordinaria». Sulla stessa linea interpretativa è una successiva decisione (**Trib. Palermo, ord. 10 gennaio 2000**) ove si sostiene che ricorrono giusti motivi di urgenza qualora sussista «l'esigenza di evitare che contratti vessatori ad alta diffusività, imposti da un professionista che agisca in condizioni sostanzialmente monopolistiche, continuino ad avere efficacia e ad essere stipulati, a scapito di interessi essenziali dei consumatori». Lo stesso orientamento è individuabile in altre due ordinanze inibitorie. Nella prima (**Trib. Palermo, sez. dist. di Monreale, ord. 4 luglio 2000**) il giudice evidenzia come i gravi motivi di urgenza possano essere individuati sia in relazione a valutazioni "qualitative", si "quantitative", facendo riferimento pure alla situazione di diffusività e di struttura del mercato (nella fattispecie monopolistica). Nella seconda (**Trib. di Palermo, ord. 18 settembre 2000**), i giudici siciliani specificano che «sussistono i giusti motivi d'urgenza per la concessione della tutela inibitoria chiesta, gestendo l'acquedotto reclamante in gran parte del territorio da esso servito in condizioni monopolistiche - e nella restante parte in regime di oligopolio - il servizio idrico, e cioè un servizio incidente su interessi primari dei cittadini. Occorre evidenziare, infatti, ai fini della

concessione della tutela inibitoria, non già la dimensione dell'ente reclamante - come dallo stesso dedotto - bensì la situazione strutturale del mercato, apparendo indubbio che, in caso monopolio o oligopolio, l'abusività della clausola è destinata naturalmente essere inserita in numerosi rapporti contrattuali, ed essendo tanto maggiore la diffusività della clausola abusiva quanto più il contraente è costretto - come in una struttura monopolistica o oligopolista – ad addivenire alla conclusione del contratto contenente detta clausola per esercitare un diritto fondamentale della persona».

Dalla disamina di tali provvedimenti emerge con chiarezza, per la concessione della misura cautelare, la necessità della 'valutazione specifica' che ravvisi dunque la sussistenza di particolari ragioni, la cui valutazione è rimessa al giudicante. Tali ragioni specifiche devono essere valutate caso per caso e possono esser rinvenute in numerose circostanze. Esse possono essere riconosciute nel fatto che il contratto riguardi un bene primario, correlato al diritto alla salute ed alla qualità della vita, per cui la lesione ai diritti dei consumatori si appalesa più grave e dunque maggiore è la necessità di una tutela immediata. Altra ipotesi può sussistere ove il servizio offerto contrattualmente, ed oggetto d'inibitoria, è gestito in condizioni di monopolio o di oligopolio. Tale circostanza aumenta la possibilità di circolazione di clausole

inique e la loro potenzialità dannosa: il consumatore non ha infatti la possibilità di scegliere un altro operatore ed è dunque obbligato - se vuole il bene o il servizio- ad aderire alle condizioni previste (senza sapere che molte delle clausole che sottoscrive sono - in realtà - *contra legem*). Il problema non va quindi valutato da un punto di vista meramente quantitativo (e cioè se il servizio è utilizzato da centinaia di migliaia di utenti, o da alcune migliaia) giacché, se si ragionasse solo su queste basi, non sarebbe mai possibile l'inibitoria contro professionisti che operano a livello locale. Un ulteriore elemento o ragione per la concessione dell'inibitoria può essere anche la grave dolosità del "comportamento vessatorio" (nel caso in cui, ad esempio, il professionista abbia ricevuto contestazioni e, pur se consapevole dell'illiceità del suo comportamento, continui ad usare clausole palesemente abusive e a non adeguare i formulari alla normativa).

Secondo l'art. 37 del Cod. Cons. il provvedimento inibitorio è emesso dal giudice all'esito del riconoscimento del carattere abusivo del contenuto delle condizioni generali di contratto accertato "ai sensi del presente capo". Il legislatore, per individuare i parametri a cui l'interprete deve fare riferimento nel vaglio di legittimità dei contratti standard, si riferisce, quindi, alle norme di cui agli artt. da 33 a 34 e, quindi, agli stessi criteri utilizzabili per l'azione individuale di cui

all'art. 36 (già art. 1469 quinquies c.c.). Pur tuttavia, dato il carattere preventivo dell'azione inibitoria ex art. 37 Cod. Cons., nasce l'esigenza di individuare, con riferimento agli artt. 33 e 34 i criteri ai quali l'interprete deve ricorrere per giudicare il contenuto – vessatorio o non – delle condizioni generali di contratto.

Il sindacato di abusività ex art. 37 Cod. Cons. difficilmente si concilia con taluni dei criteri evidentemente individuati dagli art. 33 e 34 per il vaglio di clausole inserite nelle maglie di una volontà contrattuale già definita e disciplinante un singolo e specifico rapporto negoziale.

In particolare, non pare utilmente perseguibile un controllo che tenga conto, come prevede l'art. 34, 1° comma, delle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto, posto che ciò comporterebbe l'analisi delle modalità e degli elementi di una specifica e concreta fattispecie contrattuale; tale analisi è invece imprescindibile per la tutela di carattere individuale e successivo. Analogamente pare debba concludersi per ciò che concerne la rilevanza delle clausole inserite in un contratto collegato o da cui dipende il contratto sottoposto a controllo[29].

---

29 In tal senso con riferimento ai previgenti articoli 1469 *ibis, ter,* e *sexies* del codice civile, Belelli, *Commento sub art. 1469 sexies* cit., p.1266; Busnelli, *Una possibile traccia per un'analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive* in *Commentario al Capo XIV bis del Codice Civile: dei contratti del*

Quanto agli ultimi indici di riferimento di cui all'art.34 Cod. Cons. (e cioè la natura del bene o del servizio oggetto del contratto e le altre clausole dello stesso contratto) condivisibile appare la tesi affermata dal **Trib. di Palermo, sentenza 6 giugno 1998** per cui "*non può escludersi, ma anzi si deve ritenere possibile, che nel giudizio inibitorio la vessatorietà sia accertata avuto riguardo alla natura del bene o del servizio ed anche al compendio di tutte le clausole che compongono il futuro contratto, attenendo tali vicende non alla concreta attuazione del singolo rapporto ma piuttosto alla sua tipizzazione generale"*. Tale soluzione appare ancora più corretta ove si consideri che il sindacato di vessatorietà - tanto in sede di tutela preventiva quanto successiva – non può non tener conto del criterio generale fissato dall'art. 33. Esso sancisce il carattere vessatorio delle clausole in forza delle quali, malgrado la buona fede, si determina un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. E' chiaro che solo da una valutazione complessiva delle condizioni generali di contratto può desumersi la sussistenza del predetto squilibrio. Infatti il carattere apparentemente vessatorio di una clausola

---

consumatore in Le nuove leggi civili commentate, 1997, p.757; Cian, *Il nuovo capo XIV bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori, cit.* p.411; Armone, *Commento sub art.1469 sexies* cit.; Pardolesi R., *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?,* in Foro It., 1994, V,137.

potrebbe essere smentito, in quanto la posizione contrattuale del consumatore risulti riequilibrata dalla presenza di ulteriori condizioni negoziali favorevoli allo stesso.

Certamente utilizzabili sono poi i criteri stabiliti dai commi 2 e seguenti dell'art. 33 per i quali non si pongono particolari problemi interpretativi. Tale norma elenca, identicamente a quanto faceva il previgente art. 1469 bis, 3° co., una esemplificazione di clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria. In base a tale disposizione (seppure facendo riferimento al previgente art. 1469 bis, 3° co.) la giurisprudenza siciliana ha inibito la utilizzazione di clausole quali quelle che:

- attribuiscono al consumatore la facoltà di recedere dal contratto (nella specie di viaggio) contro la perdita di una caparra penitenziale, mentre riconoscono al professionista tale facoltà senza onere alcuno, introducendo così fra le parti un significativo squilibrio a carico del consumatore (**Trib. Palermo, ord. 24 gennaio 1997, Trib. di Palermo, sent. 2 giugno 1998, Trib. Palermo, sent. 11 luglio 2000**);
- riservano la competenza per le controversie nascenti dal contratto al foro in cui ha domicilio il professionista, rendendo così antieconomica la tutela giurisdizionale per il consumatore che rischia di sopportare delle spese superiori al valore della prestazione

Trib. Palermo, sez. dist. Monreale, ord. 4 luglio 2000);

- pongono a carico dell'utente ogni onere presente e futuro inerente alla fornitura, anche se non espressamente indicato nel contratto e sopravvenuto nel corso del rapporto (**Trib. Palermo, ord. 29 dicembre 1999**);
- prevedono che nell'ipotesi di cambiamento di utenza, in caso di mancata esibizione del titolo di proprietà, il nuovo contratto può stipularsi solo previa dichiarazione del subentrante, il quale assume a suo carico tutti gli obblighi del predecessore, qualora questi non vi abbia adempiuto, e solleva l'ente erogatore da qualsiasi responsabilità nei confronti del predecessore medesimo o dei suoi aventi causa (**Trib. Palermo, sez. dist. Monreale, ord. 4 luglio 2000**);
- prevedono che i verbali di ispezione redatti dal personale del consorzio fanno piena fede fino a prova contraria (**Trib. Palermo, ord. recl. 19 settembre 2000**).

I giudici siciliani hanno altresì dichiarato la vessatori età delle clausole che consentono ad un istituto bancario di applicare, ai rapporti di conto corrente bancario intercorrenti con i clienti - consumatori, la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito operata in via unilaterale dalla banca in senso a sé favorevole (**Trib. di Palermo, sent. 24 febbraio 2006**).

E' necessario sottolineare che non possono essere considerate e dichiarate abusive, e dunque non può esserne inibito l'uso, le clausole che riproducono disposizioni di legge. L'art. 34, co. 3, Cod. Cons., infatti, esclude la vessatorietà delle clausole in quanto riproduttive di leggi (o, ancora, che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea), mentre omette, a differenza della Direttiva 93/13/Cee, il riferimento a clausole riproduttive di disposizioni regolamentari (intese come fonti di natura secondaria). E' ragionevole ritenere che il legislatore italiano abbia volutamente ristretto l'ampiezza della condizione negativa, esercitando la facoltà – prevista dall'art.8 della Direttiva cit. – di adottare, in sede di recepimento, disposizioni più severe a favore dei consumatori, ed avallando, così, la sottoposizione al giudizio di vessatorietà di regolamenti e di condizioni generali di contratto che disciplinano numerosi servizi di pubblica utenza. E' pertanto condivisibile l'interpretazione giurisprudenziale secondo cui "non si sottraggono al giudizio di vessatorietà le clausole contrattuali approvate con apposito provvedimento del ministro competente" o conformi ad un regolamento (**Trib. di Palermo, sent. 3 febbraio 1999**).

Il contenuto della sentenza che accoglie le domande proposte dalle associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti o dalle Camere di Commercio ha necessariamente contenuto complesso, in quanto presenta duplice oggetto. Con tale pronuncia il giudicante dichiara, da un lato, la vessatorietà delle condizioni generali di contratto e, con statuizione di condanna, ordina al convenuto di astenersi dall'utilizzare le clausole delle quali sia stata accertata la abusività con riferimento a tutti i contratti che verranno successivamente stipulati con i consumatori.

Il terzo comma dell'art. 37 Cod. Cons. prevede poi, quale strumento di coazione indiretta della volontà dell'obbligato, che 'il giudice può ordinare che il provvedimento (sia esso ordinanza emessa in sede di inibitoria d'urgenza, sia essa sentenza) sia pubblicato in uno o più giornali di cui uno almeno a diffusione nazionale'. L'ordine di pubblicazione esercita, senz'altro, una efficace funzione compulsiva sui professionisti particolarmente sensibili all' esigenza di tutelare la propria immagine. Inoltre, la eventuale pubblicità data a provvedimenti che inibiscono l'uso di clausole vessatorie costituisce, per un verso, un utile strumento per le concrete attività di tutela dei consumatori e, dall'altro, può consentire agli altri professionisti, estranei al giudizio, di eliminare dalle condizioni generali di

contratto dagli stessi predisposte, clausole analoghe a quelle dichiarate vessatorie.

L'ultimo comma dell'art. 37 Cod. Cons. prevede l'applicazione della procedura contemplata per le azioni inibitorie generali, sancendo espressamente che "Per quanto non previsto dal presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1, si applicano le disposizioni di cui all'art. 140". In virtù del rinvio operato dalla norma, ai giudizi promossi attraverso l'esperimento dell'azione inibitoria "speciale" di cui all'art. 37, si applica dunque la disciplina processuale dei giudizi promossi attraverso l'esercizio dell'inibitoria "generale" a tutela degli interessi collettivi dei consumatori di cui all'art. 140 Cod. Cons. Tale estensione opera tuttavia soltanto nelle ipotesi in cui l'azione inibitoria ex art. 37 Cod. Cons. sia stata promossa dalle associazioni dei consumatori", ne consegue che i giudizi "collettivi" instaurati dalle Camere di Commercio o dalle associazioni dei professionisti rimangono sostanzialmente privi di una disciplina processuale (potendo ad essi applicarsi pertanto le scarne regole di cui all'art. 37 Cod. Cons.) e soprattutto che al giudice adito da una Camera di Commercio (o da un'associazione di professionisti) è preclusa la possibilità (contemplata dall'art. 137, comma 7, Cod. Cons.) di combinare, nella sentenza di accoglimento dell'azione inibitoria, le sanzioni

pecuniarie destinate ad essere irrogate al convenuto che, posteriormente alla pronuncia della sentenza, dovesse violare l'ordine inibitorio continuando ad impiegare nei propri contratti le condizioni generali che il giudice ha vietato di utilizzare perché vessatorie.

L'azione generale di cui all'art. 140 Cod. Cons., come già anticipato, è volta a inibire gli atti ed i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori, a far adottare tutte le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate e, infine, a chiedere la pubblicazione del provvedimento giudiziale su uno o più quotidiani nazionali o locali, nei casi in cui la pubblicazione possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate. I diritti a tutela dei quali può essere esperita l'azione generale di cui all'art. 140 Cod. Cons., sono quelli elencati dall'art. 2, co. 2°, Cod. Cons. (già previsti dall'art. 1 della l. 281/98) e cioè: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali; 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.

E’ proprio in relazione a tale ultima norma, invero nella formulazione di cui alla l. 281/98, che la giurisprudenza palermitana – nel caso di una compagnia aera che effettuava sempre i propri voli con ritardo sull'orario previsto di partenza – ha chiarito che i reiterati e notevoli ritardi nei trasporti aerei di linea violano il diritto alla sicurezza e alla qualità dei servizi previsto dall'art. 1, comma 2, lett. b), l. n. 281 del 1998 (oggi art. 2, co. 2, lett. b) del Codice e sono potenzialmente pregiudizievoli di ulteriori diritti fondamentali sia di natura patrimoniale che non patrimoniale; pertanto, le associazioni dei consumatori sono legittimate a richiedere all'autorità giudiziaria la condanna della compagnia aerea a dare adeguata notizia degli atti e comportamenti lesivi (**Trib. Palermo, sent. 15 luglio 2003**).

Altra pronunzia del tribunale palermitano (**Tribunale di Palermo, sent. 24 febbraio 2006**) ha riguardato la lesione del diritto di cui all’art.2, co.2°, lett. e) Cod. Cons. stabilendo che la tutela inibitoria collettiva, per sua natura, laddove mira ad assicurare in generale "correttezza, equità e trasparenza nei rapporti commerciali inerenti beni e servizi privati" implica una valutazione necessariamente riguardante i rapporti e, quindi, i diritti di una molteplicità di soggetti e ciò a prescindere da tutti i possibili specifici profili inerenti il singolo rapporto negoziale.

Il consumatore che abbia già sottoscritto un contratto contenente clausole abusive può, con azione individuale, chiedere al Giudice che ne venga accertata e dichiarata la abusività con la conseguenza della inefficacia delle clausole medesime nei confronti del (solo) consumatore che abbia sottoscritto il contratto che le contiene.

Si ricorda in proposito la sentenza del **Tribunale di Palermo del 20 marzo 1998** pronunciatasi sull'azione incoata da un consumatore per sentire dichiarare la vessatorietà di alcune clausole contenute in un contratto di erogazione dell'energia elettrica sottoscritto (allora) con l'unico soggetto monopolista del settore.

L'attore ha agito sulla base delle disposizioni più volte citate della Direttiva 93/13 in materia di clausole abusive in considerazione che allora la medesima direttiva non era ancora stata recepita nell'ordinamento interno (fatto verificatosi attraverso la inserzione nel codice civile degli artt. 1469 bis e ss. e poi, successivamente, nella trasposizione all'interno del Codice del Consumo).

Il Tribunale ha preliminarmente chiarito che gli obblighi previsti dalla direttiva 93/13 hanno effetto diretto in quanto chiari precisi e non condizionati ad interventi discrezionali dello Stato e fanno quindi sorgere diritti a favore dei privati, anche senza che la stessa direttiva fosse stata recepita con specifico atto normativo all'interno dell'ordinamento nazionale.

Il Collegio, ritenute applicabili le disposizioni della citata Direttiva, ha quindi dichiarato inefficaci nei confronti dell'attore le seguenti clausole contenute nelle condizioni generali di contratto che:

- prevedono il riconoscimento di un equo compenso per l'utilizzazione di locale cabina all'interno di beni di proprietà dell'utente solo nell'ipotesi di uso prevalente per forniture fuori dall'immobile;
- individuano termini estremamente ristretti di adempimento per l'utente addebitando al suddetto in caso di ritardo il pagamento delle maggiori spese ed escludendo che eventuali reclami dell'utente possano esimere dall'obbligo del pagamento;
- autorizzano l'ente erogatore a verificare gli impianti ed apparecchi dell'utente ed a sospendere la fornitura in caso di irregolarità senza assumere responsabilità;
- escludono la responsabilità dell'ente erogatore per i danni causati dall'energia a valle del punto di consegna;
- consentono all'ente erogatore di interrompere la fornitura per "altre esigenze" escludendo per l'utente il diritto alla risoluzione o al risarcimento dei danni in ipotesi di interruzioni e limitazione per "scioperi e ragioni di servizio";
- lasciano a carico dell'attore gli oneri di altra natura;
- consentono all'ente erogatore di sospendere la fornitura per ogni

inadempienza dell'utente anche relativa a precedenti forniture cessate; sospendere l'esecuzione di tutti i contratti con l'utente o risolverli di diritto per ritardo nei pagamenti;

- dispongono che l'ente erogatore rimarrà obbligata dal momento in cui l'energia verrà messa a disposizione dell'utente;
- individuano come foro competente un luogo diverso da quello di residenza o domicilio del consumatore utente.

I Giudici hanno, tuttavia, specificato che il vincolo negoziale nascente dal contratto di somministrazione, pur pesantemente colpito dal giudizio di vessatorietà di buona parte delle condizioni generali predisposte, non pone in discussione l'esistenza del rapporto per le parti passate indenni dal vaglio di abusività, ove si consideri che la disciplina negoziale divenuta inefficace sarà integrata dalle norme dispositive che regolano il rapporto medesimo proprio nell'ottica, voluta dal legislatore, di preservare comunque l'interesse del consumatore-utente al conseguimento del bene oggetto del contratto – e ciò in virtù di quanto disposto dall'art. 36 del cod. cons. (già art. 1469 quinquies 1°co., c.c.) a mente del quale "le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto".

*****

I. Tribunale di Palermo, ordinanza 24 gennaio 1997, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Aeroviaggi (Avv. A. Algozini) Giudice Laudani

La legittimazione all'esercizio dell'azione inibitoria ex art. 1469 sexies c.c. va riconosciuta alle "associazioni rappresentative dei consumatori" che abbiano quale scopo statutario la tutela degli interessi della categoria, dovendosi prescindere da una valutazione della loro maggiore o minore rappresentatività e rilevanza dal punto di vista quantitativo.

Sussistono i "giusti motivi di urgenza", rilevanti ai fini della concessione del provvedimento inibitorio cautelare, quando i contratti in cui sono inserite le clausole di cui si lamenta l'abusività già perfezionati ed almeno parzialmente eseguiti, siano suscettibili di ulteriore esecuzione nell'immediato futuro, permanendo profili giuridici controversi in fase attuativa e/o esecutiva.

Sono abusive le clausole che attribuiscono al consumatore la facoltà di recedere dal contratto (nella specie di viaggio) contro la perdita di una caparra penitenziale, mentre riconoscono al professionista tale facoltà senza onere alcuno, introducendo così fra le parti un significativo squilibrio a carico del consumatore.

E' abusiva, e pertanto ne deve essere inibita l'utilizzazione, la clausola che riserva la competenza per le controversie nascenti dal contratto al foro in cui ha domicilio il professionista, rendendo così antieconomica la tutela giurisdizionale per il

consumatore che rischia di sopportare delle spese superiori al valore della prestazione pattuita.

E' abusiva, e pertanto ne deve essere inibita l'utilizzazione, la clausola che riserva al professionista il potere di accertare la conformità della classe alberghiera fornita rispetto a quella prevista nel contratto, nell'ipotesi in cui manchi una classificazione ufficiale nella nazione di appartenenza.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO

Nella causa civile vertente tra Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Adiconsum)

e

Aereoviaggi S.p.A.

IL G.I.

letti gli atti e sciogliendo la riserva che precede;

ritenuta la propria competenza per valore e per territorio;

atteso, infatti, quanto alla prima, che l'oggetto del giudizio ha valore indeterminabile, riguardando l'applicazione di clausole inserite in un numero indeterminato di contratti (art. 9 c.p.c.);

considerato, quanto alla competenza per territorio ex art. 18 c.p.c., che la società resistente ha sede in Palermo (vedi memoria di costituzione);

ritenuta infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla società resistente;
atteso, infatti, che l'individuazione dell'oggetto del futuro giudizio ordinario deve essere effettuata dal giudice in base alle circostanze di fatto e di diritto dedotte in giudizio ed ai provvedimenti richiesti dal ricorrente, senza che vi sia l'obbligo per quest'ultimo di specificare le domande da formulare nel successivo giudizio ordinario:
ritenuto che, nella fattispecie in esame, l'oggetto dell'eventuale giudizio ordinario consiste nella definitiva pronuncia di non utilizzabilità delle clausole impugnate;
osservato che deve essere rigettata la richiesta preliminare di chiamata in garanzia formulata dalla società resistente, in quanto il suddetto istituto non può trovare ingresso nel presente procedimento cautelare, caratterizzato dai requisiti della informalità ed urgenza, senza che ciò comporti alcuna lesione dei suoi diritti, avendo la convenutala facoltà di formulare la stessa richiesta nel susseguente giudizio di merito;
ritenuto che deve essere rigettata l'eccezione preliminare di carenza di legittimazione attiva della ricorrente, costituitasi in giudizio in persona del suo Segretario Generale Romano Benedetto;
atteso, invero, che la società resistente nella memoria di costituzione ha eccepito la mancanza di prova in ordine alla nomina di Romano Benedetto come Segretario Generale, contestando, inoltre, l'autenticità delle

fotocopie dell'atto costitutivo e dello statuto prodotte dalle ricorrente;
rilevato, per contro, che nella presente fase cautelare e salvo un più approfondito esame nel giudizio di merito, sulla base della documentazione prodotta appare sufficientemente provato il *fumus boni iuris* della legittimazione del ricorrente (vedi verbale di assemblea dell'1/6/96 che ha nominato il Segretario Generale ed art. 15 dello statuto);
ritenuta pertanto, assorbita l'eccezione sollevata dalla resistente, di inammissibilità dell'intervento del Comitato di Segreteria dell'associazione ricorrente, in quanto la relativa questione non ha alcuna refluenza processuale;
considerato, contrariamente a quanto sostenuto dalla resistente, che l'associazione ricorrente possiede i requisiti di cui all'art. 1469 sexies c.c. per esperire l'azione incoata;
rilevato, infatti, che il legislatore ha attribuito la legittimazione ad agire in giudizio alle "associazioni rappresentative dei consumatori", senza fare riferimento a criteri quantitativi o di minore o maggiore rappresentatività;
considerato, pertanto, che devono ritenersi tali le associazioni che hanno tra i propri scopi quello di tutelare gli interessi della suddetta categoria;
atteso che tale ipotesi ricorre nella fattispecie in esame, secondo quanto emerge dall'art. 4 della statuto prodotto in copia;
ritenuto, pertanto, che l'eventuale riconoscimento dell'associazione a norma

dell'art. 5 della legge regionale n. 7/94, pur costituendo un ulteriore riconferma della rappresentatività dell'associazione, non costituisce un requisito essenziale ai fini che in questa sede rilevano;
ritenuto, in ogni caso, che la società resistente non ha fornito la prova in giudizio, come era suo onere, della lamentata illegittimità del decreto presidenziale di cui ha chiesto la disapplicazione ex art. 5, legge n. 2248\65, allegato E;
ritenuta ammissibile la produzione documentale effettuata dalla ricorrente all'udienza del 18/12/96, in virtù della già richiamata informalità che caratterizza il presente procedimento (con l'unico limite del rispetto del principio del contraddittorio, ampiamente tutelato nel presente procedimento);
osservato che deve essere disattesa l'eccezione della resistente secondo cui la norma di cui all'art. 1469 sexies c.c. subordinerebbe la pronuncia giudiziale di inibitoria all'accertamento dell'abusività della clausola effettuato in un ulteriore e antecedente giudizio civile, già svoltosi e conclusosi;
considerato che in tal caso il legislatore avrebbe esplicitato tale volontà con l'uso di espressioni inequivocabili, quali "sia già stata accertata l'abusività con sentenza passato in giudicato" o simili e che, in mancanza, l'espressione deve essere intesa senza ombra di dubbio nel senso più immediato e consueto, per cui l'accertamento

dell'abusività è l'oggetto del giudizio di cui all'art 1469 sexies c.c.;
considerato che sussistono i gravi motivi d'urgenza di cui alla norma citata, presupposto indefettibile per l'accoglimento dell'azione incoata;
osservato, invero, che le condizioni contrattuali di cui si chiede l'inibitoria sono inserite in contratti aventi ad oggetto pacchetti di viaggio turistici per il periodo intercorrente tra il 27/12/96 ed il 4/1/97, appena trascorso e che, pertanto, l'urgenza consiste nell'inibire l'uso delle clausole da parte della società resistente che vende i suddetti pacchetti nella attuazione di tali contratti, i quali, se oramai sono stati già sicuramente perfezionati ed eseguiti almeno in parte, potrebbero essere suscettibili allo stato attuale di ulteriore esecuzione nell'immediato futuro, relativamente alla corresponsione del prezzo o relativamente alla risoluzione di controversie, non necessariamente di natura giudiziale, che potrebbero insorgere o essere già insorte nell'esecuzione degli stessi;
rilevato, pertanto, che sotto tale profilo è ininfluente l'affermazione meramente labiale effettuata dalla resistente, secondo cui i contratti in oggetto sono stati "esitati ed ultimati" e secondo cui "nessuna contestazione o pretesa è pervenuta";
considerato, per contro, che l'entrata in vigore da quasi un anno della disciplina normativa in oggetto non rileva sotto il profilo dell'urgenza, in mancanza di un interesse attuale e concreto che potrebbe essere

pregiudicato nelle more di un giudizio ordinario;
rilevato, tutto ciò premesso, che a norma dell'art. 1469 bis c.c. si presumono vessatorie fino a prova contraria e malgrado la buona fede alcune clausole, tra cui quella che "consente al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore, se quest'ultimo non conclude il contratto e ne recede, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta, se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere";
rilevato che la norma in esame si riferisce all'ipotesi di previsione di una caparra penitenziale ex art. 1386 c.c. a carico del consumatore ma non del professionista in caso di recesso dal contatto;
atteso che tale ipotesi ricorre nella fattispecie in esame.- con particolare riguardo all'art. 6 comma 2 delle condizioni generali di contratto dedotte in giudizio, con cui viene previsto un corrispettivo per il recesso del consumatore, senza che sia previsto analogo diritto a favore dello stesso;
rilevato, infatti, contrariamente all'assunto della resistente, che la facoltà di recedere è prevista, oltre che per il consumatore, anche per l'organizzatore, in base all'art. 8 delle condizioni generali di contratto in oggetto (mancata esecuzione), che prevede la facoltà dell'organizzatore di comunicare l'impossibilità per qualunque ragione di effettuare le prestazioni oggetto del pacchetto (che altro non è che una facoltà di recesso ad

nutum), nonché di "annullare il contratto quando non sia stato raggiunto il numero minimo previsto dei partecipanti" con la sola conseguenza di dovere rimborsare le somme già versate dal consumatore;
ritenuta, inoltre, infondata l'eccezione secondo cui nella fattispecie in esame l'addebito di somme a carico del consumatore riguarderebbe somme non ancora versate e quindi che non possono essere trattenute dall'organizzatore, come invece espressamente sancisce l'art. 1469 bis, comma 3, n.7 c.c. considerato, infatti, che in base al n.4) delle condizioni generali le somme addebitate al consumatore sono somme già interamente versate in favore dell'organizzatore;
osservato, infine, che appare infondato l'ulteriore rilievo mosso da parte resistente, secondo cui la clausola in esame sarebbe conforme ad una disposizione di legge e quindi non vessatoria, secondo quanto disposto dall'art. 1469 ter, comma III c.c.;
considerato, infatti, che la norma di cui all'art. 9 della legge n. 1084/77, con la quale è stata ratificata la Convezione internazionale relativa al contratto di viaggio del 23/4/70, si limita a prevedere la facoltà di recesso del viaggiatore salvo indennizzo dell'organizzatore;
rilevato che, nella fattispecie in esame, la vessatorietà non deriva dalla suddetta previsione, conforme alla legge citata, ma dalla mancata previsione di una caparra penitenziale a carico dell'organizzatore;

atteso, infatti, che la legge di cui sopra non sancisce il diritto di recesso dell'organizzatore senza dovere alcun indennizzo al viaggiatore;
ritenuto, quanto alla clausola di cui al n.10 delle condizioni generali impugnata, che questa rientra nell'ipotesi di clausola vessatoria presunta, prevista dall'art. 1469 bis comma III, n.14) c.c., dal momento che attribuisce all'organizzatore la facoltà di accertare la conformità della classe alberghiera prevista nel contratto nel caso in cui manchi una classificazione ufficiale nella Nazione di appartenenza;
rilevato, tuttavia che costituisce circostanza non contestata tra le parti che nelle nazioni cui si riferiscono i contratti dedotti in giudizio (Italia e Francia) esistono classificazioni ufficiali delle categorie alberghiere;
rilevato, in accoglimento dell'eccezione sollevata dalla resistente, che la suddetta clausola non è suscettibile di concreta applicazione nei contratti dedotti in giudizio, né emerge dagli atti che tale clausola venga attualmente utilizzata in altri contratti stipulati dalla società resistente;
atteso, pertanto, che relativamente alla suddetta clausola non sussiste il requisito dell'urgenza nel senso sopra specificato e che, pertanto, in tali limiti il ricorso deve essere rigettato;
considerata la clausola di cui al n.17 delle condizioni generali in palese contrasto con la norma di cui all'art. 1469 bis n. 19;
osservato peraltro, che la natura del servizio oggetto del contratto non vale ad escludere la

vessatorietà presunta, dal momento che crea un eccessivo squilibrio tra i diritti e gli obblighi dei contraenti;
atteso, infatti, che se da un lato permette all'organizzatore' di limitare gli eventuali costi per spese legali nel caso di controversie, determina in concreto una impossibilità per il consumatore di tutelare in via giurisdizionale i propri diritti, per palese antieconomicità;
considerato, invero che il valore dei singoli contratti è tale che il costo per adire l'Autorità Giudiziaria in una sede diversa da quella della propria residenza sarebbe sicuramente di gran lunga superiore;
ritenuto, pertanto, che deve essere inibito l'utilizzo da parte della società resistente delle clausole di cui ai nn. 6 e 17 delle condizioni generali dei contratti dedotti in giudizio;
ritenuto opportuno ordinare la pubblicazione della presente ordinanza in un quotidiano al fine di consentire la conoscenza della presente pronuncia al maggior numero possibile di soggetti interessati;
atteso che le spese del presente procedimento devono essere liquidate unitamente a quelle dell'instaurando giudizio ordinario;

P.Q.M.

In parziale accoglimento delle domande proposte dalla Associazione Regionale Consumatori e Ambiente - ADICONSUM, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con ricorso depositato il 15 novembre 1996, inibisce alla Aereoviaggi S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, l'utilizzo delle

clausole di cui ai nn. 6 e 17 delle condizioni generali di contratto per pacchetti turistici di cui all'opuscolo "Capodanno insieme".
Ordina la pubblicazione per estratto e per una sola volta della presente ordinanza sul quotidiano "Corriere della Sera".
Fissa per l'instaurazione del giudizio di merito il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza; si comunichi.
Palermo, 23 gennaio 1997

*****

II. Tribunale di Palermo, ordinanza recl. 28 febbraio 1997, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Aeroviaggi (Avv. A. Algozini), Pres. Scaduto, Est. Giannelli

Poiché la norma prevista dall'art. 1469 sexies, primo comma c.c. non prevede i criteri di individuazione delle associazioni rappresentative, spetta al giudice, di volta in volta, verificare la rappresentatività di ogni singola associazione sulla scorta dei riferimenti normativi esistenti: nella specie va riconosciuta ex art. 5, l.r. Sicilia 23 maggio 1994, n. 7 una base solida e territorialmente radicata dell' Adiconsum Sicilia, atta a conferirle idonea rappresentatività ai fini della legittimazione attiva.

E' abusiva, e pertanto ne deve essere inibita l'utilizzazione, la clausola che riserva la competenza per le controversie nascenti dal contratto al foro in cui ha domicilio il professionista, rendendo così antieconomica la tutela giurisdizionale per il consumatore che rischia di sopportare delle spese superiori al valore della prestazione pattuita.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il TRIBUNALE DI PALERMO
Terza Sezione Civile

riunito in Camera di Consiglio della III sezione civile, composta dai seguenti magistrati:
Dott. Rosa Alba Scaduto Presidente
Dott. Attilio Caputo Giudice
Dott. Angela Gianelli Giudice rel. est.
visto il reclamo depositato il 7/11/997 dalla Aeroviaggi S.p.A. contro l'ordinanza ex art. 1469 sexies cod. civ., emesso il 23/11/1997 dal G.D. Dott. M. Laudani, nella causa iscritta al n. 782/97 R. G. e vista la memoria di controparte;
rilevato che il suddetto reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c., è stato proposto avverso l'ordinanza con cui è stata parzialmente accolta la richiesta della Associazione Regionale Consumatori e Ambiente - ADICONSUM, ed inibito alla Aeroviaggi S.p.A. l'utilizzo delle clausole di cui ai nn. 6 e 17 delle condizioni generali di contratto per pacchetti turistici Agi cui all'opuscolo "Capodanno insieme" ed ordinata la pubblicazione, per estratto e per una sola volta, dell'ordinanza su un quotidiano a diffusione nazionale, deducendo una serie di doglianze a fondamento del reclamo stesso;

OSSERVA

Deve, in via preliminare, dichiararsi inammissibile la produzione depositata in

data 26/2/97 dalla Adiconsum, sia avuto riguardo all'ordinanza resa dal Tribunale all'udienza del 21/2/97, che aveva concesso termine unicamente al procuratore della reclamante, su sua richiesta, per depositare eventuale memoria scritta mentre ex adverso non era stato domandato alcun termine, né per note né per integrare la produzione documentale; sia avuto riguardo all'impossibilità di estendere nell'attuale fase la produzione ad un opuscolo differente - pur se riproducente identiche condizioni generali di contratto - da quello oggetto della domanda cautelare e, quindi, del reclamo. In tale momento processuale invero, pur potendo essere portati a conoscenza del giudice fatti e circostanze preesistenti ma non dedotte nella prima fase ed in cui deve registrarsi la mancanza di preclusione alcuna in materia di deduzioni, allegazioni ed istanze istruttorie, vige comunque il limite che la deduzione di nuove prove e nuove eccezioni afferisca all'oggetto posto a fondamento della richiesta interinale e si riferisca *stricto sensu* ad esso.

Va dunque esaminato, ancora sotto un profilo preliminare, il primo motivo esplicitato dalla Aeroviaggi, relativo al difetto di rappresentatività, ai sensi dell'art. 1469 sexies cod. civ., della Adiconsum, odierna ricorrente.

Posto che la norma si rivela lacunosa per quanto concerne i criteri di individuazione delle associazioni rappresentative e che la circostanza induce a ritenere che debba essere il giudice di volta in volta, a verificare la rappresentatività di ogni singola

associazione, sulla scorta degli ausili normativi esistenti, la doglianza si rivela priva di pregio nei confronti della Associazione Regionale Consumatori e Ambiente Adiconsum, odierna ricorrente. Avuto riguardo infatti alla produzione allegata dalla stessa parte (in primo luogo il Decreto del Presidente della Regione in data 14/3/96; allo costitutivo e statuto Adiconsum; verbale di elezione e provvedimento di nomina Segretario generale Adiconsum Sicilia), alla luce della legislazione regionale in materia, e segnatamente all'art 5 l. reg. Sicilia 23/5/1994 n.7, va senz'altro ritenuta sussistente una base solida e territorialmente radicata atta a conferire idonea rappresentatività all'Associazione in questione.

Peraltro, alla luce del decreto presidenziale allegato da parte ricorrente, costituiva certamente onere di controparte come correttamente evidenziato dal G.D. la dimostrazione sia pure nei termini più sommari consentiti nella sede adita - dell'insussistenza degli specifici presupposti ex art.5 punto 2) l. reg. cit. segnatamente, l'effettiva azione dell' associazione *de qua* da almeno un anno e l'adesione di almeno cento persone a livello regionale, atti a supportare la disapplicazione ex art. 5 1. n. 2248/1865 alleg. E, del menzionato decreto presidenziale, asseritamente emesso in violazione di legge.

Avuto riguardo alle specifiche allegazioni prospettate ed ai documenti prodotti dalla

resistente, tale onere non può in alcun modo ritenersi assolto.

Sempre preliminarmente, risulta altresì assolto dal richiedente, l'onere di configurare già nella sede cautelare la pretesa nei confronti dell'avversario, sulla scorta dell'intenzione, resa palese nel ricorso, di chiedere al Tribunale la definitiva declaratoria di inefficacia delle clausole oggetto del procedimento cautelare. Va infatti considerato che, con riguardo al contenuto del ricorso, occorre riferirsi, nel silenzio normativo, alla disposizione generale sul contenuto-forma degli atti di parte, vale a dire all'art. 125 c.p.c., tenendo peraltro presente la speciale natura della domanda cautelare la cui strumentalità esige la prospettazione – già nell'atto introduttivo - della causa di merito, ove prospettazione deve essere interpretata, in funzione conservativa nel senso che dalle allegazioni profilate dal ricorrente si evinca in maniera univoca la eventuale domanda da far valere nel successivo giudizio di merito, ciò che, nei termini ora menzionati, traspare dal ricorso introduttivo in oggetto. Proseguendo nella disamina delle censure dedotte dalla reclamante, nell'ordine espositivo dalla stessa articolato in ricorso, appaiono d'altronde sussistenti, *medio tempore*, i giusti d'urgenza contemplati dall'art. 1469 sexies cod. civ. valutando il suddetto requisito in primo luogo alla stregua della mancata contestazione dell'avvenuta utilizzazione fino ad oggi dei contratti di viaggio contenenti le condizioni generali poste a fondamento del presente

procedimento cautelare, per i quali, di conseguenza, potrebbero certamente rimanere attuali profili giuridici controversi in sede attuativa e/o esecutiva, come puntualizzato dal giudice di prime cure.

Non va tralasciato, poi, che le condizioni contrattuali impugnate sono notoriamente inserite in accordi negoziali aventi ad oggetto pacchetti turistici, come clausole contrattuali uniformi, predisposte negli stessi termini, per tutti i pacchetti offerti dai Tour Operators del settore e, pertanto, è ragionevole e realistico presumere che le agenzie pubblicizzino e favoriscano la conclusione di contratti aventi ad oggetto la vendita di pacchetti vacanze cc. dd. "tutto compreso" in occasione delle prossime festività (e la circostanza trova conferma proprio nell'opuscolo depositato da ultimo dalla Adiconsum, relativo alla vendita di viaggi organizzati per il periodo "Week-end di Primavera" che risulta edito il 15/2/1997, in cui sono inserite le clausole 6 e 17 delle condizioni generali in oggetto, riprodotte negli identici termini).

Tali assunti risultano peraltro avvalorati proprio dal contegno della Aeroviaggi S.p.A. che al 15 ottobre '96 (data di edizione dell'opuscolo), a ben oltre sette mesi dall'entrata in vigore della l. n. 52/1996 ha reclamizzato e fatto sottoscrivere i moduli di contratto in oggetto, con conseguente compressione delle facoltà e dei diritti dei clienti consumatori nei termini fin qui evidenziati rendendo altresì opportuno che all'ordine di inibizione all'uso delle superiori clausole ritenute abusive, fosse corredato

quello ulteriore di pubblicazione del dispositivo del presente provvedimento su un quotidiano a diffusione nazionale, appalesandosi l'esigenza che i consumatori potessero acquisire consapevolezza immediata dell'inefficacia delle menzionate clausole del contratto di viaggio e potessero valutare in termini adeguati le facoltà attribuite loro dalla legge.

Ancora, potrebbe ipotizzarsi l'inammissibilità del ricorso, sotto il profilo dell'insussistenza dei motivi di urgenza presupposti dall'azione inibitoria facendo leva sulla norma di cui all'art. 1469 quinquies cod.civ., in virtù del quale le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 1469 bis e ter sono inefficaci, mentre il contratto rimane efficace per il resto ed inoltre l'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore, potendo essere rilevata d'ufficio dal giudice. Corre l'obbligo di considerare, che il rimedio di carattere preventivo e astratto nasce dall'esigenza di evitare che le clausole inique siano inserite nei contratti individuali. Non è sufficiente, infatti, che le clausole vengano reputate non scritte, essendo necessario che esse vengano materialmente espunte dal testo predisposto e offerto al consumatore.

Mette conto considerare, infine, che l'urgenza che giustifica l' emissione di un provvedimento a contenuto anticipatorio nell'ipotesi di specie è da ricondurre non tanto alla potenziale infruttuosità della tutela ordinaria, quanto alla natura del diritto tutelato ed in tale ottica il requisito

contestato appare sicuramente avvalorato nella fattispecie all'esame del Collegio.
Tanto premesso, venendo all'esame delle singole clausole colpite dal provvedimento inibitorio, posto che la discrasia terminologica tra la vessatorietà degli artt. 1469 bis e ter e l'abusività della norma sull'azione inibitoria, in questa prima fase di applicazione della l. n. 52/96, non pare al giudicante priva di giustificazione ma piuttosto con sottigliezza, tesa a porre l'accento sul carattere abusivo dell'opera di predisposizione intervenendo l'inibitoria in un momento in cui la vessatorietà è solo potenziale, anche con riguardo al momento collettivo della legittimazione ad agire, osserva il Tribunale in relazione all'art. 6, comma 2° condizioni generali dei contratti di viaggio relativi a pacchetti turistici che non si rinviene nella disposizione il significativo squilibrio del rapporto contrattuale a carico del consumatore, secondo quanto testualmente previsto dall'art. 1469 bis, 1° comma, cod.civ., specificamente intravisto nella possibilità, da un lato, per l'organizzatore di recedere dal negozio senza dover versare alcun corrispettivo a tale titolo, mentre, dall'altro, nessuna facoltà in termini analoghi sarebbe attribuita al consumatore, secondo quanto più analiticamente indicato nella predetta norma contrattuale ed in violazione, dunque, dell'art. 1469 bis, comma 3°, n. 5 c.c..
Avuto riguardo al tenore testuale delle specifiche condizioni generali di contratto evidenziate in proposito dal ricorrente e

richiamate dallo stesso giudice nel proprio sforzo motivazionale, non sembra infatti agevole ricondurre alla stessa fattispecie giuridica e segnatamente alla facoltà di recesso ad nutum sia l'art. 6, comma 2° condizioni generali sia l'art. 8 delle stesse. Soltanto la prima di tali clausole, invero, riconosce tale facoltà al consumatore sancendo a carico di quest'ultimo per il suo esercizio l'obbligo di corrispondere una somma di denaro. Nella seconda disposizione, che regola il caso della mancata esecuzione - distinguendo al proposito l'ipotesi espressa dell'impossibilità" di effettuare le prestazioni oggetto del pacchetto" e quella, al 2° comma, della facoltà dì "annullamento del contratto quando non sia stato raggiunto il numero minimo previsto dei partecipanti e sempre che ciò sia portato a loro conoscenza nel termine precedente l'inizio dei servizi turistici indicato all'organizzatore" - deve ritenersi infondata, come esattamente ha argomentato la reclamante, la qualificazione giuridica suddetta, con ciò venendo meno il presupposto di reciprocità fondante la presunzione di vessatorietà, fino a prova contraria, della clausola de qua riconducibile a quella astrattamente contemplata dall'art. 1469 bis, comma 3°, n.5 c.c..

Il richiamo espresso all'impossibilità - priva, peraltro, di qualsiasi qualificazione o aggettivazione soggettiva riferita all' organizzatore - non consente, sul piano dell'interpretazione letterale della norma, primo canone ermeneutico cui deve riferirsi l'interprete, non disgiunto dal complessivo

contenuto della clausola in oggetto, una sussunzione della stessa previsione nell'ambito della potestà di determinare unilateralmente lo scioglimento del vincolo contrattuale.

Del pari, la portata del prosieguo della disposizione di cui all'art. 8 condizioni generali, integra la fattispecie della clausola condizionale correlata alla circostanza obiettiva della sussistenza del numero minimo previsto dei partecipanti e tuttavia rimessa alla volontà dell'organizzatore, quanto alla libertà di avvalersene o rinunziarvi, comunque certamente non ricadente nella previsione di cui all'art. 1355 cod. civ. (ciò che in ogni caso non avrebbe alcun riflesso immediato e diretto nell'adita sede cautelare, per gli invocati profili).

Alla stregua delle considerazioni che precedono, non si intravede alcuna facoltà di recesso in capo all'organizzatore similmente a quanto sancito in favore del consumatore, atta a giustificare la previsione di un obbligo di corrispondere una somma di denaro, per l'esercizio, appunto, di una facoltà che non risulta essergli stata conferita dal regolamento contrattuale ed il reclamo, per questo capo, va pertanto accolto.

Priva di pregio, di contro, si appalesa la censura avverso la ritenuta illegittimità della norma di cui all'art. 17 delle condizioni generali di contratto sottoposte all'esame del Tribunale. Non soltanto, di nuovo, il tenore letterale espresso della disposizione si rivela perfettamente coincidente con la previsione astratta di cui all'art. 1469 bis, comma 3° n.

19 cod. civ., avente ad oggetto clausola che rientra tra quelle per le quali la vessatorietà si presume, fino a prova contraria - nel caso di specie non fornita dall'organizzatore, dell'intercorsa trattativa individuale, peraltro non agevolmente compatibile con la legittimazione non individuale all'azione inibitoria e le implicazioni conseguenti sull'esclusione della valutazione dello specifico individuale contratto, laddove si fa riferimento, nella disposizione di cui all'art. 1469 ter cod. civ., alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto - ma anche avuto riguardo ai criteri di valutazione dettati dall'art. 1469 ter c.c. da utilizzarsi con riferimento al contratto in quanto tale, atteso che il giudizio collettivo implica il carattere preventivo ed astratto dell'apprezzamento a cui è chiamato il giudice, l'art. 17 in questione disvela un'attitudine vessatoria notevolissima a scapito proprio della parte debole del regolamento contrattuale, vale a dire del consumatore. Ciò che, peraltro, evidenziavano, in termini rovesciati, le stesse linee argomentative profilate ex adverso, incentrate sulla patente antieconomicità di una diversa pattuizione contrattuale rispetto a quella in atto predisposta rafforzando cosi le ragioni alla base della precisa scelta legislativa tesa alla determinazione di un assetto davvero equilibrato degli interessi delle parti contraenti, in grado di tener conto nella sostanza dello squilibrio contrattuale tra le due parti del rapporto, laddove in precedenza l'atteggiarsi degli interessi era

tale che, nell'ipotesi specifica non si manifestava uno sbocco giudiziale significativo sotto il profilo della reale esistenza ed ampiezza delle controversie scaturenti dai rapporti dedotti nell'odierna sede giudiziale.
Sussistono giusti motivi, in ragione dell'esito del ricorso, per compensare integralmente tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

visto l'art. 669 terdecies c.p.c.;
in parziale accoglimento del reclamo proposto dalla Aeroviaggi S.p.A. depositato in data 7/2/1997, revoca l'ordinanza reclamata nella parte in cui inibisce alla medesima Aereoviaggi S.p.A., l'utilizzo della clausola di cui al n. 6 delle condizioni generali di contratto per pacchetti turistici di cui all'opuscolo "Capodanno insieme"; conferma, per il resto, l'impugnata ordinanza.
Dichiara integralmente compensate tra le parti le spese processuali.
Palermo, 28/2/1997

*****

III. Tribunale di Palermo, ordinanza 5 settembre 1997, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Siremar (Avv.ti Ferraro e Passanisi), Giudice Laudani

Sussistono i motivi d'urgenza, richiesti dall'art. 1469 sexies, cpv., c.c., per la concessione della tutela inibitoria cautelare, qualora le clausole vessatorie regolino una prestazione, relativa ad un diritto fondamentale della persona, e fornita in regime di monopolio e siano destinate a disciplinare

un elevato numero di rapporti contrattuali (nella specie, si trattava di clausole di un contratto di trasporto marittimo).

E' di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, in base al combinato disposto degli art. 1469 bis, 2° comma e 1469 sexies c.c., il giudizio di vessatorietà sulle clausole vessatorie utilizzate dal professionista ente pubblico che siano contenute in contratti predisposti o autorizzati dall'autorità amministrativa.

E' vessatoria e, pertanto, ne va inibita l'utilizzazione, la clausola che limita la responsabilità del vettore nelle ipotesi di modifiche dovute a "motivi tecnici" senza esplicitazione degli stessi, potendo essi dipendere anche da cattiva gestione e manutenzione dei mezzi da parte del vettore.

E' vessatoria e, pertanto, ne va inibita l'utilizzazione la clausola che prevede quale foro esclusivo per ogni controversia nascente dal contratto quello del luogo ove ha sede il vettore.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO

RICORSO EX ART. 1469 SEXIES C.C.

Adiconsum Associazione regionale difesa consumatori ed ambiente,

(RICORRENTE)

rappr.ta e difesa dagli Avv.ti Gaetano e Alessandro Palmigiano del Foro di Palermo

Contro

SIREMAR Sicilia regionale marittima S.P.A.,

(RESISTENTE)

rappr.ta e difesa dagli Avv.ti Umberto Ferraro e Antonio Passanisi del Foro di Siracusa.
G.D.: Dott.ssa Marinella Laudani
IL G.D. letti gli atti e sciogliendo la riserva che precede, rileva, in primo luogo, l'infondatezza dell'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice adito sollevata dalla resistente; infatti, il legislatore ha espressamente attribuito al Giudice ordinario la competenza a decidere in ordine alla inefficacia delle clausole vessatorie utilizzate dal professionista ente pubblico, come si desume dal combinato disposto degli artt. 1469 bis II comma e 1469 sexies c. c. pertanto, anche i contratti predisposti o autorizzati dall'Autorità Amministrativa, come quello in esame, possono essere conosciuti in via principale da parte dell'Autorità Giudiziaria ordinaria.
Peraltro tale attribuzione rientra nei principi di riparto della giurisdizione tra Giudice amministrativo e Giudice ordinario già da tempo enucleati dalla giurisprudenza secondo cui le questioni attinenti alla validità, efficacia ed esecuzione dei contratti di diritto privato stipulati con la P.A sono di competenza del secondo.
Ciò posto, si osserva che nella fattispecie in esame ricorrono, giusti motivi di urgenza che legittimano l'esperimento dell'azione cautelare in oggetto; infatti, l'azione in questione ha carattere preventivo e collettivo e prescinde da una attuale lesione di diritti soggettivi; inoltre, la suddetta azione è esperibile a tutela dei diritti nascenti dai contratti di cessione di beni o di servizi di cui all'art. 1469 bis c.c., che hanno natura patrimoniale.
Da ciò ne discende che, contrariamente all'ipotesi di cui all'art. 700 c.p.c., il danno paventato non deve presentare i caratteri della imminenza ed

irreparabilità, i quali, infatti, non sono stati previsti dal legislatore.
Inoltre, la locuzione usata dal legislatore - giusti motivi d'urgenza - deve essere interpretata anche alla luce dell'art. 7 della direttiva CEE recapita dalle norme a tutela dei consumatori, che ha espressamente invitato gli stati membri ad approntare sistemi adeguati ed efficaci di tutela.
Orbene, il contratto impugnato riguarda il trasporto marittimo che per determinate mete viene esercitato in regime di monopolio (circostanza pacifica tra le parti); peraltro l'oggetto del contratto riguarda l'esercizio di un diritto fondamentale della persona, quale quello di libertà di movimento, che sovente si tramuta in una vera e propria necessità per coloro che si spostano per esigenze cogenti (ad es. di lavoro).
Pertanto, in molteplici ipotesi il consumatore non ha la facoltà di scegliere tra più fornitori dello stesso servizio e deve necessariamente subire la regolamentazione contrattuale unilateralmente imposta. Inoltre, la potenziale lesività del regolamento impugnato è tanto maggiore quanto maggiore è il numero di contratti posti in essere.
Orbene, costituisce fatto notorio che nella stagione estiva quale quella in corso l'utilizzazione dei mezzi di trasporto marittimo per raggiungere le numerose isole siciliane è ampiamente incrementato e notevole è il flusso di cittadini che ne usufruisce; ciò posto, va disatteso l'assunto di parte resistente secondo cui le condizioni generali di contratto predisposte da organi della Pubblica Amministrazioni non possono mai assumere il carattere della vessatorietà, in quanto l'azione amministrativa è sempre ispirata a finalità di interesse generale.

Invero, tale concezione ormai anacronistica dell'azione della P.A. è stata da tempo superata dalla giurisprudenza unanime ed è smentita dalla stessa lettera della legge, che disciplina il giudizio sulla vessatorietà delle norme contrattuali predisposte da un professionista ente pubblico (art. 1469 bis II comma c.c.) ciò posto, va rilevato, contrariamente all' assunto della ricorrente, che la clausola di cui all'art. 15, Il comma, del contratto in oggetto non presenta i caratteri della vessatorietà previsti dalla legge.

Infatti, oggetto del contratto per cui è causa è il trasporto via mare di persone o cose da un luogo ad un altro con un determinato tipo di mezzo marittimo (nave-traghetto o aliscafo), mentre elemento non essenziale appare l'individuazione esatta della nave o dell'aliscafo a mezzo del quale il trasporto viene effettuato. Tanto è vero che appartiene alla comuni regole di esperienza il fatto che al momento dell'acquisto del biglietto il passeggero, scelto il tipo di mezzo di trasporto, non è a conoscenza di quale delle navi o aliscafi effettuerà il trasporto fino al momento di accedervi; pertanto, la clausola incriminata, lungi dall'escludere la responsabilità del vettore in caso di inesatto adempimento del trasporto, prevede caso mai una obbligazione alternativa a carico del vettore con riguardo al mezzo adoperato, che non incide su un interesse rilevante del consumatore, trattandosi di mezzi aventi le medesime caratteristiche.

Per contro, illegittima limitazione della responsabilità del vettore, in violazione dell'art. 1469 bis n. 2, 16, 18 e 1469 quinquies c.c., costituisce la clausola contenuta nell'estratto delle condizioni generali distribuite al pubblico (doc. n. 6

prodotto dalla ricorrente) la quale prevede che la "Siremar non risponde di modifiche improvvise dovute a motivi tecnici", senza ulteriore specificazione, comprendendo anche motivi tecnici derivanti dalla cattiva gestione e manutenzione dei mezzi.

Parimenti, le clausole di cui all'art. 17, II, III e IV comma sanciscono limitazioni di responsabilità ed inversioni dell'onere della prova in contrasto con le norme codicistiche già citate. Infatti, derogano a svantaggio del consumatore, ai principi fissati dall'art. 1684 e 1693 c.c. e dall'art. 409 cod. nav., che prevedono una presunzione di responsabilità civile verso terzi.

Infine, la clausola di cui all'art. 21 delle condizioni generali appare in palese contrasto con la norma di cui all'art. 1469 bis n. 19). Infatti, se da un lato, permette all'organizzatore di limitare gli eventuali costi per spese legali nel caso di controversie, determina in concreto una impossibilità per il consumatore di tutelare in via giurisdizionale i propri diritti, per palese antieconomicità. Invero, il valore dei singoli contratti è tale (vedi tariffe contenute nell'opuscolo distribuito al pubblico e prodotto dalla ricorrente) che il costo per adire l'Autorità Giudiziaria in una sede diversa da quella della propria residenza sarebbe evidentemente di gran lunga superiore.

Infine, va rilevato, contrariamente all'assunto dell'impresa resistente, che le norme di cui agli artt. 1469 bis c.c. sono applicabili anche al trasporto marittimo nella misura in cui non contrastino con la disciplina specialistica prevista nel codice della navigazione. Orbene, le clausole oggetto del presente ricorso derogano alla disciplina del contratto di trasporto marittimo

previsto dal codice della navigazione (artt. 403, 404, 408 e 409 cod. nav.) e, pertanto, la loro inefficacia non comporta alcuna violazione della speciale regolamentazione prevista da quest'ultimo, ma, al contrario, comporta l'applicazione dei principi ivi fissati.

Al fine di assicurare gli effetti del presente provvedimento attraverso una maggiore diffusione dello stesso appare opportuno ordinare la pubblicazione della presente ordinanza in un quotidiano a diffusione regionale.

La liquidazione delle spese va demandata alla pronuncia conclusiva dell'istaurando giudizio ordinario.

P.Q.M.

In parziale accoglimento delle domande proposte dalla Associazione Regionale Consumatori e Ambiente ADICONSUM, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con ricorso depositato il 24 luglio 1997, inibisce alla Siremar Sicilia Regionale Marittima S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, l'utilizzazione della clausola "itinerari orari" di cui all'estratto delle condizioni generali di trasporto passeggeri contenute nell'opuscolo "itinerari e tariffe Siremar edizione Bit '97", nonché' l'utilizzazione delle clausole di cui agli artt. l7, Il, III e IV comma e 21 del regolamento per il trasporto dei passeggeri ed i servizi accessori sulle navi ed aliscafi.

Ordina la pubblicazione per estratto e per una sola volta della presente ordinanza sul quotidiano “Giornale di Sicilia”.

Fissa per l'instaurazione del giudizio di merito il termine di giorni 30 dalla comunicazione della presente ordinanza;

Palermo, 4 settembre 1997

*****

IV. Tribunale di Palermo, ordinanza recl. 22 ottobre 1997, Soc. Siremar (Avv.ti Ferraro e Passanisi) c. Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano), Pres. Monteleone, Est. Tulumello

L'azione inibitoria di clausole contrattuali abusive ex art. 1469 sexies è di competenza del giudice ordinario perchè costituisce un rimedio espressamente previsto dal legislatore per tutti i contratti stipulati con i consumatori anche quando il soggetto predisponente sia la pubblica amministrazione.

Sussistono i motivi d' urgenza, richiesti dall'art. 1469 sexies, cpv., c.c. per la concessione della tutela inibitoria cautelare, qualora le clausole vessatorie abbiano una potenziale elevata diffusività (nella specie si sono ravvisati giusti motivi d'urgenza, dato che tali clausole regolavano una prestazione, relativa ad un diritto fondamentale della persona, quale quello della libertà di movimento, fornita peraltro dalla società convenuta in regime di monopolio o di oligopolio).

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI PALERMO
Terza Sezione Civile

Riunito in camera di consiglio e così composto:
- Dott. Angelo Monteleone Presidente
- Dott. Attilio Caputo Giudice
- Dott. Giovanni Tulumello Giudice est.

uditi all'udienza camerale del 10 ottobre 1997 i procuratori delle parti; ha emesso la seguente

ORDINANZA

sul reclamo presentato dalla Sicilia Regionale Marittima S.p.A. (SIREMAR), difesa dagli avv.ti U. Ferraro e A. Passanisi, avverso il provvedimento di inibitoria emesso ex art. 1469 sexies cod. civ. dalla dott. M. Laudani in data 5 settembre 1997, su ricorso della Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (ADICONSUM), difesa dagli avv.ti G. Palmigiano e A. Palmigiano

1. Con ricorso depositato il 24 luglio 1997, l'Associazione Regionale Consumatori ed Ambiente (ADICONSUM) chiedeva inibirsi in via di urgenza alla Sicilia Regionale Marittima s.p.a (SIREMAR) l'utilizzazione di alcune clausole delle condizioni generali di trasporto marittimo, da questa utilizzate nei contratti con i consumatori, ai sensi dell'art. 1469 sexies, comma 2, cod. civ..

2. Con ordinanza del 5 settembre 1997, emessa all'esito della comparizione delle parti, il Giudice Designato accoglieva parzialmente la domanda di inibitoria.

Avverso tale ordinanza proponeva reclamo, ai sensi dell'art. 669 terdecies c.p.c., la SIREMAR, deducendo in primo luogo – quale società a capitale pubblico che gestisce un servizio pubblico di navigazione - il difetto di giurisdizione del giudice ordinario per essere esclusivamente competente in materia di servizi pubblici il giudice amministrativo; contestando la sussistenza di giusti motivi di urgenza tali da legittimare l'emissione del provvedimento di inibitoria nelle forme del rito cautelare; chiedendo, per l'ipotesi dì rigetto del reclamo, la limitazione degli effetti dell'inibitoria ai soli contratti conclusi con i consumatori.

Con memoria depositata all'udienza camerale del 10 ottobre 1997 si costituiva l'ADICONSUM, contestando i motivi di reclamo e chiedendo a sua volta l'accoglimento della domanda di inibitoria anche per la parte non accolta dal G.D., nonché la specificazione delle dimensioni della pubblicazione sulla stampa dell'ordinanza di inibitoria.

2. La società reclamante ha reiterato in sede di reclamo l'eccezione di difetto di giurisdizione, già rigettata dal Giudice Designato, fondata sia sullo speciale regime normativo che regola l'esercizio del servizio pubblico della navigazione marittima, e che include il servizio medesimo nell'ambito della programmazione pubblica dell'economia, sia sulla circostanza che essa reclamante - pur avendo veste formalmente privatistica di società per azioni - è in realtà soggetto in qualche modo pubblico, essendo il capitale sociale totalmente posseduto da azionisti pubblici.

L'eccezione in esame pone il problema del riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di controversie di natura contrattuale afferenti l'esercizio di servizi pubblici, sotto lo specifico profilò della individuazione del giudice competente a conoscere della domanda di inibitoria ex art. 1469 sexies cod.civ..

Considerata la complessità della questione, appare opportuno procedere preliminarmente ad una pur sommaria ricognizione dei termini generali del dibattito che a tale problema ha finora fatto da sfondo.

La nozione di servizio pubblico ha una genesi dogmatica che afferisce non già il settore dei compiti dell'amministrazione inteso da un punto di vista sostanziale, ma piuttosto quello della classificazione degli atti amministrativi funzionale

all'individuazione di un criterio di riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo: si pensi all'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale che in Francia, partendo dalla distinzione fra *actes d'autorité* ed *actes de gestion* ha attribuito al service public la funzione di clausola generale sulla competenza del Conseil d'Etat in merito ad atti non autoritativi della pubblica amministrazione.

E' parso tuttavia evidente come il fenomeno formale della "attrazione nell'ambito del regime amministrativo delle attività non autoritative della pubblica amministrazione", tale da fondare un particolare - e in certo senso privilegiato - regime sostanziale e processuale dei relativi atti, dovesse essere giustificato sul terreno della valutazione oggettiva dei bisogni pubblici e della conseguente necessità - teleologica o strutturale - di riservare o meno alla P.A. la cura degli stessi.

Quest'ultimo profilo è stato in particolare esaminato dalla dottrina italiana, che si è sforzata di ricostruire un concetto giuridico unitario di "servizio pubblico" incentrato sui due termini della imputabilità dell'attività allo Stato, o ad altro ente pubblico, e della destinazione di tale attività a favore degli amministrati, valorizzando l'idea di prestazione, su cui poggia la riferita dottrina, nell'ottica della definizione del rapporto intercorrente fra il titolare del servizio e l'utente. La materia è stata quindi ricondotta alla teoria delle prestazioni amministrative. Quest'ultimo inquadramento teorico è stato di recente riproposto da un' autorevole dottrina, che ha evidenziato come l'esercizio dei servizi pubblici "consiste nel compimento di determinate attività in prestazioni. Tanto che quando esso apparentemente si traduce

soprattutto nella fornitura di beni, per esempio energia, o acqua, e così via, un esame appena poco più attento del suo contenuto essenziale rivela subito un dato diverso: esso riguarda, al contrario, soprattutto l'azione del fornire, più che l'oggetto, materiale somministrato".

Ulteriori profili di indagine hanno riguardato la dimensione penalistica della materia. Il suo inquadramento nella teoria degli ordinamenti sezionali, e infine la sua rilevanza sotto il profilo della programmazione economica, nel senso che ciò che caratterizza il servizio pubblico sarebbe proprio la sottoposizione di un'attività economica ai programmi ed ai controlli di cui all'art. 41, comma 3, della Costituzione.

Indagando sul diverso ma affine versante della esegesi dell'art. 43 Cost., altra dottrina concludeva la propria indagine sui diversi, possibili profili di rilevanza giuridica della nozione in esame nel diritto pubblico italiano, affermando che, accanto alle nozioni di servizio pubblico rilevanti a fini penalistici e di diritto sindacale (ex art. 40 Cost.), il riferimento all'art. 43 Cost. consente di enucleare una nozione di servizio pubblico alla quale il nostro ordinamento assegna una connotazione marcatamente economica, rilevante però per il diritto quale "clausola generale che fa rinvio ad una attività economica incidente in via diretta sulla collettività e che, sotto il profilo giuridico, rileva per legittimare l'inizio di un procedimento giuridico che ha per fine il mutamento dei titolari dell'attività stessa".

L'evoluzione non soltanto tecnico-giuridica, ma anche economica e sociologica, della nozione di servizio pubblico di cui si è sommariamente dato conto, ha indotto un'autorevole dottrina ad

affermare che tale nozione "si e caratterizzata progressivamente come prestazione di utilità al pubblico, secondo criteri strutturali e funzionali di imprenditorialità almeno tendenziale o anche solo potenziale", e che "l'aggettivo pubblico" attribuito al sostantivo “servizio”, sicuramente polisenso, acquista qui il significato di “a disposizione del pubblico”.

Il problema inerisce dunque la più vasta tematica dei compiti della P.A. e, più in generale, dell'intervento dello Stato in determinati settori della vita economica.

Il riferimento ai compiti dell'amministrazione impone però una più precisa qualificazione contenutistica, di tipo tecnico-giuridico, sotto il profilo delle modalità di manifestazioni di tali compiti.

Se da un punto di vista teleologico, infatti, servizio pubblico e funzione pubblica possono - appunto, sul piano descrittivo – essere accomunati nel quadro finalistico unitario dell'attività amministrativa, dal punto di vista strutturale la funzione pubblica è un' attività che si estrinseca nell'esercizio del potere amministrativo, mentre la nozione di servizio pubblico prescinde da tale connotato.

Così operata una prima distinzione "in negativo", un'altra importante precisazione da fare, e che condiziona, come si vedrà, la stessa impostazione dell'analisi giuridica, è che – come rilevato dalla dottrina - sussiste in astratto una pluralità di modelli di gestione dei servizi pubblici, nel senso che nel nostro ordinamento per essi non esiste un unico modello gestorio, ma altrettanti modelli quanti la legislazione ne delinea.

Tale elemento, anche alla luce delle allegazioni della parte reclamante, assume nel caso di specie tiri rilievo assai significativo.

Il complessivo quadro normativo di settore evidenzia un dato aggregante: la materia è regolata da una serie di modelli normativi eterogenei, relativi a diversi profili ed accomunati sotto il profilo funzionale dalla tendenza complessiva a garantire l'erogazione di servizi sempre migliori sotto il profilo qualitativo a condizioni di economicità - per gli utenti e per i soggetti erogatori – sempre maggiori.

Questa tendenza dell'ordinamento alla diversificazione dei regimi giuridici aveva già in passato condono la dottrina ad assegnare alle operazioni di qualificazione della nozione di servizio pubblico un "valore descrittivo e non dogmatico", e, più in generale, all'affermazione della "crisi" della nozione stessa, "incapace di attribuire qualità e significati giuridico-formali alle diverse manifestazioni della realtà che attraverso dì essa si cercava di inquadrare e qualificare".

L'adozione di questa o quella soluzione determina infatti una serie di importanti conseguenze: a cominciare dalla natura del rapporto che viene ad instaurarsi fra utenti e gestori dei servizi, e dalla conseguente qualificazione del servizio stesso in termini di prestazione amministrativa ovvero di contenuto di un obbligo di diritto privato; con l'importante precisazione, tuttavia, in certo senso preliminare e valida per ognuno dei possibili modelli organizzativi, che tutti i rapporti aventi come oggetto erogazione di attività di pubblici servizi si presentano come complessi, per quanto riguarda gli aspetti strutturali, data la commistione, nella disciplina positiva, di momenti

pubblicistici e privatistici insieme, e considerati condizionamenti delle prestazioni amministrative sui contenuti delle obbligazioni.

L'evoluzione della nozione teorica del servizio pubblico, e la conseguente trasformazione dell'organizzazione amministrativa in funzione della cura degli interessi afferenti tale nozione, non può non avere conseguenze sul piano della tutela degli utenti dei servizi.

Se l'intera riflessione giuridica sul servizio pubblico muove, come si è visto, da un problema di tutela giurisdizionale, nondimeno gli sviluppi che si sono esaminati impongono una valutazione delle implicazioni prodotte in ordine a tale problematica, anche in una prospettiva di effettività della tutela dell'utente, giacché è proprio il perseguimento di tale prospettiva che, attraverso il riferimento all'efficienza della gestione ed all'efficacia della prestazione – ha ispirato l'erosione dei monopoli pubblici e la progressiva evoluzione del sistema verso una dimensione concorrenziale.

Il tema della tutela giurisdizionale degli utenti dei servizi pubblici, che trova un elemento aggregante nella particolare natura degli interessi afferenti la nozione di servizio pubblico, e nelle esigenze legate alla erogazione di tali servizi, presenta peraltro profili problematici del tutto peculiari in relazione ai singoli modelli normativi considerati, ed alle ripercussioni che - sul piano formale - l'adozione di questo o quel modello determina nella natura del rapporto giuridico dedotto in giudizio.

In materia di concessione di pubblico servizio, ad esempio, la circostanza che l'erogazione dei servizi è affidata a soggetti privati in regime di concessione (e, dunque, secondo regole ed esigenze di tipo pubblicistico), e la conseguente natura di organo

indiretto della P.A. che tali soggetti erogatori - in quanto concessionari del servizio - vengono ad assumere, (che, a sua volta, determina, sul piano della tutela giurisdizionale, la perdita del connotato privatistico e l'attrazione nella giurisdizione del giudice amministrativo), determinano una situazione per cui tanto all'utente, che all'imprenditore concorrente (interessato alla prospettiva effettivamente concorrenziale della erogazione del servizio), è data una tutela completamente disomogenea rispetto al tipo di soggetto ed al tipo di attività con il quale ed in riferimento alla quale corre il rapporto che dovrebbe realizzare il soddisfacimento dell'interesse da tutelare nella sede giurisdizionale, e comunque inadeguata - dati i limiti del modello annullatorio - rispetto alla natura delle relative istanze (tendenti, nel caso dell'utente, al corretto accesso alla prestazione piuttosto che alla eliminazione di un atto illegittimo).

Come è noto, la motivazione di fondo addotta a sostegno degli orientamenti giurisprudenziali che hanno affermato la giurisdizione dei T.A.R. in materia (in particolare Cass., SS.UU., 29 dicembre 1990, n 12221) risiede nella funzionalizzazione delle attività del concessionario al perseguimento dì interessi pubblici quale presupposto logico della individuazione in capo ai terzi di una posizione di interesse legittimo.

Orbene tale costruzione giurisprudenziale ha incontrato le severe critiche della dottrina, che ne ha messo in discussione la validità sotto il profilo dogmatico.

A parte tale profilo, peraltro di sicuro interesse teorico, la notazione che mette conto sottolineare, soprattutto nella specifica prospettiva che qui

interessa, è però quella relativa all'adeguatezza della tutela offerta dalla giurisdizione amministrativa rispetto alla particolare natura degli interessi e dei rapporti afferenti le controversie fra concessionari e terzi.
Si è così auspicata l'estensione a tali rapporti della tutela civilistica offerta tanto dagli istituti della responsabilità precontrattuale che dalla previsione di cui all'art. 2597 c.c..
Date le superiori premesse, ritiene il collegio che la soluzione della dedotta questione di giurisdizione debba tener conto di due fondamentali elementi. In primo luogo, la SIREMAR in sede di reclamo ha argomentato il preteso difetto di giurisdizione dell'A.G.O. sulla base dell'esistenza di "rapporti convenzionali tra le Società esercenti ed il Ministero della Marina Mercantile (oggi Ministero dei Trasporti e della Navigazione), con previsione, appunto, della stipulazione di convenzioni che stabiliscono linee e frequenze, tipi di navi, nonché la determinazione e corresponsione di una sovvenzione annua di equilibrio (cfr. artt. 1 ed 8 l. 684/74; artt. 1 e 2 l. n. 169/1975; art. 11 della 1. n. 856/1986; art. 9 1. n. 160/1989)". Tale impostazione appare senz' altro più corretta - e provata - rispetto a quella seguita nella fase svoltasi davanti al G.D., ove (pag. 2, della memoria di costituzione) del tutto impropriamente si definisce la SIREMAR stessa "concessionaria ex lege di pubblico servizio", per trarne la conclusione (pag. 1 delle deduzioni depositate all'udienza del 27 agosto 1997) della sussunzione della fattispecie in esame nell'ambito dì operatività della disposizione dell'art. 5 legge 6 dicembre 1971, n. 1034, che, come è noto, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative "a

rapporti di concessione di beni o di servizi pubblici", ad esclusione di quelle "concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi" nonché di quelle in materia di acque pubbliche.
In realtà la SIREMAR ha dimostrato, mediante le produzioni documentali, di gestire il servizio pubblico in questione non già in qualità di concessionaria, e dunque - per tradizionale insegnamento - con la veste formale di organo indiretto della P.A., bensì come soggetto privato legato alla P.A. da un rapporto di natura convenzionale, in forza del quale si è impegnata a garantire una serie di standards minimi di erogazione del servizio in cambio di un corrispettivo costituito, appunto, dalla c.d. sovvenzione annua di equilibrio.
La riferita considerazione consente dunque di eliminare il profilo del richiamo alla giurisdizione esclusiva ex art. 5 del T.A.R.
Rimane da verificare se la reclamante, quale S.p.A. a capitale pubblico che gestisce un servizio pubblico in regime di convenzione, sia soggetta, nelle controversie di natura contrattuale che la contrappongono agli utenti del servizio medesimo, alla giurisdizione del giudice amministrativo, come dalla stessa ritenuto.
La figura in questione nell'ambito del diritto comunitario è tradizionalmente ricondotta allo schema dogmatico di impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale, rispetto alla quale non rileva la natura pubblica o privata dell'impresa ma l'aspetto sostanziale dell'attività svolta.
Una simile impostazione è seguita anche in Italia dalla dottrina che, a seguito del fenomeno del mutamento della veste formale di molti enti

pubblici economici ed aziende pubbliche consistente nella c.d. privatizzazione degli stessi, ha indagato sul versante del rapporto che intercorre fra dimensione giuridico-formale e realtà sociale di tali enti.

Anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 466 del 28 dicembre 1993, ha chiarito - esaminando lo specifico profilo del controllo contabile - che altro è il mero mutamento della veste giuridica, ed altro è la modifica sostanziale nell'imputazione del patrimonio, tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati, alla disponibilità dello Stato.

Inserendosi in linea di continuità con l'impostazione teorica fatta propria dalla Corte costituzionale, il Consiglio di Stato (sez. VI, dec. n. 498 del 20 maggio 1995) - esaminando un distinto ma affine filone di indagine - ha affermato che "le attuali società continuano ad essere affidatarie della cura di rilevanti interessi pubblici la cui tutela, per le ragioni perspicuamente evidenziate dalla Corte Costituzionale, non può risultare soppressa solo in conseguenza del mutamento della veste formale del soggetto giuridico che per il resto mantiene inalterate le proprie funzioni e quindi la propria connotazione pubblicistica".

Le conseguenze di carattere giuridico-formale che è dato trarre dalle superiori notazioni, se da un lato ripropongono comunque il tema della distinzione fra modelli strutturali di gestione dei servizi pubblici (posto che la citata decisione del Consiglio di Stato riguardava una S.p.A. concessionaria di un pubblico servizio) d'altro canto vanno comunque trasferite sul terreno della specifica domanda di tutela giurisdizionale avanzata nel presente procedimento.

Quale che sia, infatti, la soluzione al problema del riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, rispettivamente, nelle controversie relative ai contratti stipulati da società concessionarie di un pubblico servizio, ovvero da S.p.A. a capitale pubblico che tale servizio gestiscono in regime di convenzione, decisamente *tranchant* appare il rilievo che la domanda in esame (inibitoria di clausole contrattuali abusive nei contratti stipulati con i consumatori) è soggetta ad un regime giuridico, sotto il profilo del riparto della giurisdizione, che fuoriesce dagli schemi fin qui esaminati, in quanto espressamente disciplinato dal legislatore non già in funzione della natura pubblica o privata del soggetto predisponente ovvero dell'interesse pubblico o privato sotteso alla prestazione contrattuale, bensì in considerazione della peculiare categoria dei rapporti contrattuali in esame, caratterizzata strutturalmente - nella fase genetica - dalla assenza di contrattazione, e dalla conseguente possibile iniquità di condizioni contrattuali sostanzialmente imposte.

La tutela giurisdizionale, sia sotto il profilo del tipo di azione concessa che in relazione all'individuazione del giudice competente, si modella così in relazione ad un terzo elemento: non risulta decisivo l'aspetto della natura del soggetto predisponente, né quello dell'oggetto della prestazione dedotta in contratto, ma quello (in certo senso oggettivo e soggettivo) dello squilibrio tra le parti che incida sulle modalità dì conclusione del contratto e sulla conseguente regolamentazione delle fasi - fisiologica ed eventualmente patologica - del rapporto contrattuale.

In altre parole, la scelta di valore compiuta dal legislatore tende a tutelare in via generale e preventiva gli utenti-consumatori, rispetto al rischio della conclusione di contratti iniqui, in via del tutto autonoma e peculiare rispetto ai tradizionali problemi di tutela giurisdizionale sin qui esaminati.

A tale conclusione si giunge considerando in primo luogo che, in apertura del Capo XIV-bis del titolo II del libro quarto del Codice Civile, nel contesto di una disposizione di carattere generale avente ad oggetto l'esplicazione della terminologia adoperata allo scopo di chiarire l'ambito applicativo della normativa in questione, l'art. 1469 bis, comma 2, stabilisce che il professionista, nei confronti del quale vale la tutela contro le clausole vessatorie e, dunque, nei confronti del quale può chiedersi, ai sensi del successivo art. 1469 sexies, la speciale forma di tutela giurisdizionale in esame è la "persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma".

Si tratta, come è noto, della codificazione dell'orientamento giurisprudenziale che ha esteso anche nei confronti della P.A. la tutela formale ed individuale accordata - ai sensi degli artt. 1341 e 1342 cod. civ. - all'aderente nei confronti del predisponente, precedentemente negata in forza di una presunzione di legittimità dell'operato dell'amministrazione quanto mai distante dalla realtà.

Con la disposizione in esame, inoltre, sicuramente si è esclusa la rilevanza della natura del soggetto predisponente (persona giuridica pubblica o privata), ma si è altresì esclusa la rilevanza

dell'interesse (esclusivamente lucrativo ovvero non necessariamente - ed esclusivamente - tale) sotteso all'oggetto della prestazione contrattuale resa dal professionista-predisponente, come pare potersi ricavare dalla disgiuntiva "attività imprenditoriale o professionale", alla quale può attribuirsi per lo meno il significato minimo di non restringere la disciplina in esame alle attività di prestazione di beni e servizi organizzate in forma di impresa e condotte con metodo economico, vale a dire secondo modalità che consentano quanto meno la copertura dei costi con i ricavi ed assicurino l'autosufficienza economica.

In secondo luogo, non si può non rilevare come l'art. 1469 sexies cod. civ. nel disciplinare l'azione inibitoria stabilisce, al primo comma, che questa si propone davanti al "giudice competente" e, al comma successivo che quando ricorrono giusti motivi di urgenza, va proposta secondo il c.d. rito cautelare uniforme (artt. 669 bis e segg. c.p.c.); il richiamo a tale rito, è evidente, non può che riferirsi a controversie conosciute dal giudice ordinario, ed alla luce di questa chiara indicazione normativa l'indicazione contenuta nel primo comma non può che essere letta nel senso di un rinvio alle regole che disciplinano i vari criteri attributivi della competenza, beninteso fra diversi giudici ordinari: posto che l'inibitoria può domandarsi anche in confronto di predisponenti *latu sensu* pubblici, se il giudice dell'inibitoria urgente prevista dal secondo comma è (non può che essere) necessariamente (soltanto) quello ordinario, per evidenti ragioni sistematiche non può ammettersi una diversa soluzione per l'ipotesi di cui al primo comma che altrimenti si farebbe

dipendere dal requisito dell'urgenza il criterio di riparto della giurisdizione.

Ancorché con tecnica legislativa non particolarmente perspicua, ed in esito ad un recepimento della direttiva comunitaria (che dovrebbe essere attività funzionale alle esigenze di sistematicità e di razionalità che giustificano l'adattamento non automatico del diritto interno a quello comunitario) che ha ignorato l'indicazione contenuta nella direttiva stessa - della possibilità di affidare la decisione sulla domanda dì inibitoria ad una autorità amministrativa, soprattutto quando l'evoluzione ordinamentale nella materia dei servizi pubblici è nel senso di un tendenziale livellamento delle posizioni soggettive connessa proprio all'emersione di un modello organizzatorio ad hoc (quello delle autorità amministrative indipendenti) ritenuto specificamente funzionale alle peculiari e complesse esigenze del settore, il legislatore interno ha dunque indubbiamente riservato alla giurisdizione all'A.G.O. l' intera materia dell'inibitoria delle clausole contrattuali abusive, non potendosi riconoscere, nell'ambito del possibile giuridico, altro significato normativo alle disposizioni esaminate.

L'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla reclamante è dunque infondata.

3. La qualificazione dell'attività della SIREMAR operata in precedenza consente preliminarmente, in punto di esame dell'abusività delle clausole impugnate, di sgombrare il campo da un evidente equivoco terminologico.

L'approvazione ministeriale del regolamento disciplinante le condizioni di trasporto non ha alcun rilievo nella materia in esame.

L'autorità amministrativa compie, in sede di approvazione, una valutazione dì congruità cui rimangono del tutto estranei i profili di equilibrio contrattuale, di buona fede e di vessatorietà riferiti al rapporto gestore-utente, trattandosi piuttosto di una valutazione discrezionale che si compie nel contesto della richiamata convenzione, e che dunque risulta strutturalmente ancorata (unicamente) al parametro della rispondenza di tale regolamento agli obiettivi che la P.A. persegue attraverso la stipula della convenzione medesima e l'erogazione del relativo finanziamento; obiettivi che attengono alla tutela degli interessi pubblici sottesi all'erogazione del servizio, e non alla tutela civilistica del consumatore.

D'altra parte, lamenta la reclamante che in sede di recepimento della direttiva si è omesso di estendere la clausola di esclusione di cui all'art. 1469 ter, comma 3, cod.civ., oltre che alle leggi anche ai regolamenti (come previsto dalla direttiva stessa). A parte il fatto che, in punto di qualificazione formale, seri dubbi sussistono sulla esatta percezione della categoria delle fonti secondarie del diritto nel contesto della prospettazione in esame (atteso che la direttiva si riferiva - espressamente ed opportunamente - alle sole "disposizioni regolamentari imperative", e non anche ad atti di natura convenzionale portanti il mero nomen iuris di "regolamenti", ma privi dei requisiti di forma e di sostanza da cui discende l'attributo dell'imperatività) in ogni caso sfugge a tale prospettazione la circostanza che la stessa direttiva (art. 8) ha stabilito che "Gli Stati membri possono adottare, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il

trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore".
Ora, non si sa bene se per adeguare la disciplina comunitaria ad un contesto ordinamentale interno in cui il termine "regolamento" designa le più svariate categorie di fonti normative (anche nell'ambito dell'autonomia privata), sicché un recepimento letterale della direttiva avrebbe sollevato numerose questioni interpretative in sede applicativa; ovvero in esito ad una precisa scelta tendente ad individuare il livello primario delle fonti del diritto quale unico limite alla tutela civilistica in esame (evidentemente nei confronti di un soggetto in qualche modo pubblico), certo è che il legislatore italiano ha ritenuto di offrire al consumatore un “livello di protezione" sicuramente più elevato rispetto a quello riconducibile al testo della direttiva, di tal che è del tutto contrario alla logica del sistema far discendere dalla rilevata difformità fra direttiva comunitaria e disposizione interna una reintroduzione surrettizia - in via interpretativa - di una limitazione di tutela espressamente esclusa dal legislatore interno.
Ciò posto, rileva il collegio come con i motivi di reclamo non si è contestato il provvedimento impugnato, se non nella prospettiva ora esaminata, sotto il profilo della ritenuta abusività delle clausole il cui utilizzo è stato inibito.
Ciononostante, un autorevole indirizzo interpretativo - che il collegio condivide - considera il reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. come un rimedio a carattere sostitutivo, che implica un riesame della domanda cautelare nel suo complesso, investendo pertanto di pieni poteri, in relazione alla predetta domanda, il giudice del reclamo.

Tale considerazione impone al collegio da un lato di valutare il profilo in esame ancorché non espressamente impugnato, e dall'altro di estendere tale valutazione anche alle clausole, in relazione alle quali pure è stata chiesta l'inibitoria, non ritenute abusive dal G.D., ed il cui utilizzo la parte reclamata ha invece chiesto di inibire in sede di reclamo.

A quest'ultima estensione si giunge sia in ragione delle superiori considerazioni relative alla natura del reclamo, sia considerando il reclamo stesso un mezzo di impugnazione avverso il provvedimento di inibitoria concesso dal G.D., e ritenendo conseguentemente applicabile alla fattispecie in esame la disposizione generale in tema di impugnazioni incidentali tardive (art. 334 c.p.c.).

Ritiene il collegio che le clausole ritenute abusive dal G.D. presentino il predetto requisito, per le ragioni esposte nella motivazione del provvedimento impugnato, al quale si rinvia.

In particolare, corretta e condivisibile appare l'operazione di interpretazione e di qualificazione compiuta dal primo giudice in relazione alla sussunzione delle clausole contrattuali esaminate nelle corrispondenti categorie normative per la quali opera la presunzione di vessatorietà, non superata dal professionista predisponente.

Giusta la regola di rinvio contenuta nell'art. 1469 sexies cod. civ., è poi evidente che il carattere dell'abusività, presupposto della tutela collettiva, si modella su quello della vessatorietà, definito nelle disposizioni relative alla tutela individuale, nel senso che al binomio vessatorietà - inefficacia corrisponde quello diverso - sotto il profilo della qualificazione (da un punto di vista di teoria generale), del vizio della clausola e degli effetti

giuridici dello stesso in ragione del diverso stadio del procedimento di formazione del contratto in cui il vizio stesso viene in rilievo ma identico quanto all'interesse tutelato ed alla individuazione delle previsioni contrattuali ritenute dal legislatore lesive di tale interesse - della abusività-inibitoria.

Quanto all' art. 15, commi II e III, del contrattuale, rileva questo collegio che tale clausola contiene una limitazione di responsabilità riconducibile al disposto dell'art. 1469 bis, n. 2, cod. civ..

E' infatti senz'altro condivisibile l'affermazione, contenuta nel provvedimento impugnato, per cui "elemento non essenziale appare l'individuazione esatta della nave o dell'aliscafo a mezzo del quale il trasporto viene effettuato", e che nessun connotato di abusività può essere ricondotto alla previsione di un'obbligazione alternativa in capo al professionista.

L'abusività della clausola risiede però nella limitazione di responsabilità (al "prezzo versato") per l'ipotesi di risoluzione del contratto conseguente al rifiuto da parte del passeggero dì un'obbligazione alternativa difforme qualitativamente o quantitativamente rispetto a quella dedotta in contratto (nave che parta “successivamente”), il che equivale a limitare i diritti del consumatore per l'ipotesi di adempimento inesatto da parte del professionista.

Quanto al comma 3, valgono le medesime argomentazioni, atteso che in forza di tale clausola è il professionista predisponente a valutare l'imputabilità dell'inadempimento ed a limitare conseguentemente la propria responsabilità, in contrasto con la disposizione sopra richiamata.

4. Il requisito della sussistenza di giusti motivi di urgenza condiziona la concedibilità dell'inibitoria

nelle forme del c.d. rito cautelare uniforme, anziché - è da ritenere - in quelle del giudizio ordinario di cognizione.

Il significato del richiamato elemento della fattispecie normativa non può certamente sovrapporsi a quello della categoria del *periculum in mora*, elaborato dalla giurisprudenza proprio in materia cautelare, per la evidente inconciliabilità fra canoni dì giudizio strutturalmente e teleologicamente ancorati a controversie individuali e tendenzialmente successive ad un evento pregiudizievole, ovvero anteriori a questo ma nell'imminenza della sua manifestazione, ed un giudizio di carattere preventivo e generale, la cui peculiarità funzionale è proprio quella di evitare che un pregiudizio, anche potenziale, abbia a colpire la categoria dei consumatori, a prescindere, come giustamente affermato nel provvedimento impugnato, "da una attuale lesione di diritti soggettivi".

Poiché, come è stato osservato, l'inibitoria mira ad evitare che il contenuto di condizioni generali inique venga trasfuso nei contratti individuali, essa opera in una fase anteriore a quella in cui può configurarsi un pregiudizio, tradizionalmente inteso, in danno del singolo consumatore, sicché ricondurre i "giusti motivi di urgenza", nella terminologia o nei contenuti, al periculum in mora, vuol dire non tener conto della specificità del giudizio, con conseguente svuotamento della pratica operatività del nuovo strumento di tutela.

Parimenti inaccoglibile è l'altra tesi estrema, quella che propone un capovolgimento radicale del rapporto regola-eccezione indicato nei primi due commi dell'art.1469 sexies c.p.c., nel senso che il ricorso alla tutela urgente costituirebbe - in

considerazione della natura della domanda e degli interessi coinvolti - la regola e non l'eccezione.
Non di un'interpretazione correttiva si tratterebbe infatti, ma di una esegesi del testo legislativo radicalmente contrastante con il chiaro ed insuperabile principio ordinatore espresso dal testo medesimo, peraltro in rapporto di perfetta coerenza e sistematicità con le caratteristiche generali del sistema processuale in cui la domanda di inibitoria è calata, sistema che concepisce in chiave di eccezionalità, e comunque di strumentalità rispetto al procedimento ordinario, i rimedi lato sensu cautelari.
Non è dunque autorizzata dal dato testuale - né, come visto, da considerazioni di ordine sistematico - la tesi della tipizzazione legislativa dell'inibitoria come autonoma misura cautelare, rispetto alla quale il *periculum in mora* sarebbe *in re ipsa*, in relazione alla natura del fenomeno regolato.
D'altra parte l'inibitoria, in quanto tale, non è un mezzo di tutela la cui previsione normativa implica una valutazione o - presunzione di pericolo attuale o potenziale, tale da richiedere il (necessario) ricorso a forme di tutela *extra ordinem*: in materia di responsabilità aquiliana, come pure in materia di immissioni, l'azione inibitoria costituisce anzi un tradizionale strumento di tutela che, anche quando è posto a presidio di diritti di rango non inferiore a quelli in esame (si pensi al diritto alla salute), si propone, in assenza del positivo accertamento della sussistenza dei requisiti per l'emissione di un provvedimento cautelare, nelle forme del rito ordinario.
Nessuna significativa differenza, tale da giustificare la radicale inversione della prospettiva tradizionale, discende dalla trasposizione dell'inibitoria dal

settore della tutela individuale dei diritti a quello della tutela collettiva, se non nel senso che si sta per precisare.
Conseguentemente, la concessione dell' inibitoria c.d. urgente richiede la sussistenza di ragioni specifiche, ancorché non parametrate su di un concreto pregiudizio ma modellate in relazione al particolare tipo di azione proposto, tali da giustificare il ricorso al rimedio previsto in via eccezionale piuttosto che a quello previsto in via ordinaria.
Ritiene il collegio che, in tale operazione ermeneutica, sicuri e condivisibili punti fermi siano stati individuati nell'ordinanza impugnata con riferimento alla natura del diritto per il cui esercizio è necessario accedere alla stipulazione del contratto le cui clausole sono ritenute abusive, alla situazione strutturale del mercato, ed alla potenziale diffusività delle clausole abusive anche in relazione alle caratteristiche stagionali del mercato stesso.
Sotto il primo profilo non si può non condividere l'affermazione del G.D. per cui "l'oggetto del contratto riguarda l'esercizio di un diritto fondamentale della persona, quale quello di libertà di movimento, che sovente si tramuta in una vera e propria necessità per coloro che si spostano per esigenze cogenti (ad es. di lavoro)".
Quanto più la conclusione del contratto si rivela per il consumatore un mezzo necessario per esercitare un diritto fondamentale della persona, tanto maggiore sarà la diffusività delle clausole contrattuali abusive, è tanto più rilevante sarà il pregiudizio arrecato ai consumatori dalla sottoposizione necessitata ad un regime contrattuale iniquo, essendo l'effettiva libertà di

determinazione del consenso inversamente proporzionale all'importanza che riveste per l'esplicazione della personalità umana - nell'ambito della gerarchia dei valori indicata dalla Costituzione - il diritto per il cui esercizio il consumatore è costretto ad aderire ad un regolamento contrattuale eterodeterminato.

Quanto al secondo aspetto, non ha molto senso la contestazione, da parte della difesa reclamante, dell'affermazione del G.D per cui è pacifico tra le parti che il trasporto marittimo è esercitato dalla SIREMAR in regime di monopolio.

Nel provvedimento impugnato la riferita affermazione si dà per pacifica tra le parti in relazione a "determinate mete"; la stessa SIREMAR, nel foglio di deduzioni in data 27 agosto 1997 (pag. 3), aveva affermato che essa opera "in alternativa e concorrenza con operatori privati in diverse 'tratte' quale incaricata di un servizio pubblico": il che evidenzia come esattamente il G.D. abbia fatto riferimento all'esistenza, pacifica fra le parti, di un monopolio (parziale) della SIREMAR.

Inoltre, dagli atti - ed in specie dalle produzioni documentali di parte reclamante - emerge che laddove la SIREMAR non opera come monopolista, essa agisce in regime di sostanziale oligopolio.

Ebbene, se la funzione dell'inibitoria è quella di evitare che condizioni generali di contratto abusive vengano trasfuse nei contratti individuali di consumo di beni e servizi, sul versante della sussistenza dei giusti motivi atti a giustificare la concessione dell'inibitoria stessa in via di urgenza non può non avere un rilievo decisivo la circostanza che mentre in un regime di libera concorrenza l'utilizzo di clausole contrattuali abusive da parte di un professionista presenta una

potenzialità diffusiva inversamente proporzionale al numero dei professionisti concorrenti che operano in quello stesso settore di mercato (salvo che costoro applichino le medesime condizioni contrattuali, e sempre a condizione della effettiva identità del bene o servizio offerto), invece in caso dì monopolio od oligopolio l'abusività delle clausole è naturalmente - secondo una valutazione legata all' id quod pleruimque accidit - destinata a numerosi rapporti contrattuali individuali, ove non ne venga tempestivamente inibito l'utilizzo.

Come è stato acutamente osservato in dottrina, è stata da tempo superata la convinzione che i contratti per adesione fossero espressione di un potere monopolistico od oligopolistico.

Il rischio della predisposizione di clausole abusive, dunque, non è maggiore quando il predisponente sia un monopolista: quello che aumenta, in questo caso, è il rischio della rilevante e rapida diffusione delle clausole stesse, tenuto anche conto che i residui settori di mercato ancora sottratti alla effettiva concorrenza sono, come in questo caso, quelli relativi all'esercizio di servizi od all'acquisto di beni di primaria necessità.

A tale considerazione si aggiunga poi, nello specifico, che nella stagione estiva aumenta considerevolmente il numero degli utenti del trasporto marittimo che concludono contratti individuali regolati dalle condizioni generali abusive.

Se lo scopo della tutela offerta con l'inibitoria è quello di evitare e prevenire la formazione di contratti individuali modellati su schemi generali viziati dal connotato dell'abusività, allora il criterio discretivo fra inibitoria c.d. ordinaria ed inibitoria c.d. urgente non può che risiedere, nel rispetto

della lettera e dello spirito sia della legge che della direttiva, negli elementi indicati.
Pertanto, il reclamo principale risulta infondato anche sotto questo profilo.
5. Fondata appare la richiesta subordinata della reclamante. Invero l'intera disciplina dettata dal Capo XIV bis del titolo IV, del libro quarto del Codice Civile si riferisce ai contratti stipulati con i consumatori, vale a dire con persone fisiche che agiscono "per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta" (art. 1469 bis, comma 2).
Non soltanto nessun indice normativo consente di ravvisare nella disposizione sulla tutela generale e collettiva un ampliamento soggettivo rispetto alle disposizioni in tema di tutela individuale e successiva, ma la stessa elencazione dei soggetti legittimati attivamente alla proposizione dell'inibitoria costituisce evidente argomento a sostegno della limitazione del rimedio ai contratti conclusi con i consumatori.
6. Allo scopo di garantire l'effettivo raggiungimento del risultato cui tende la disposizione normativa di cui all'art. 1469-sexies cod. civ., ritiene il collegio clic l'ordine di pubblicazione emesso dal G.D. ai sensi del terzo comma della richiamata disposizione debba essere integrato nei termini indicati dalla parte reclamata

P.Q.M.

Il Tribunale di Palermo
visto 1'art. 669 terdecies c.p.c.;
in parziale riforma del provvedimento reclamato;
- inibisce alla SIREMAR - Sicilia Regionale Marittima S.p.A. di utilizzare nei contratti conclusi con i consumatori la clausola "itinerari orari" di cui all'estratto delle condizioni generali di trasporto

passeggeri contenute nell'opuscolo "itinerari e tariffe Siremar edizione Bit '97", nonché le clausole di cui agli artt. 15, commi 2 e 3; 17, commi 2, 3 e 4; 21 del regolamento per il trasporto dei Passeggeri ed i Servizi accessori sulle navi ed aliscafi;
ordina la Pubblicazione per estratto e per una sola volta della presente ordinanza sul quotidiano "Il Giornale di Sicilia" a cura e spese della SIREMAR, mediante avviso di dimensioni non inferiori a cm. 20x30;
conferma, per ogni altra statuizione, l'ordinanza reclamata.
Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del 17 ottobre 1997

*****

V. Tribunale di Palermo, sentenza 20 marzo 1998, Romano B. (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Enel S.p.A. (Avv.ti G. G. Gentile, E. Ciccotti e G. D'Alleo), Pres. Battaglia, Est. Conti

Gli artt. 1,2,3,4 e 6, I° comma, della direttiva 93/13 appaiono sufficientemente chiari e precisi così come le clausole contenute nell'elenco allegato alla direttiva tali da potere essere considerati direttamente applicabili scaduto il termine di attuazione della Direttiva medesima senza che lo Stato abbia provveduto al recepimento.

Essendo (allora) l'ENEL assimilabile agli enti pubblici, deve ritenersi ente destinatario diretto dei precetti comunitari contenuti in una direttiva secondo il principio (Corte di Giustizia, sentenza Foster - 12 Luglio 1990, causa 188/89) per cui l'operatività della direttiva self-executing deve essere affermata nei confronti di ogni "organismo

che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli".

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
Prima Sezione Civile

composto dai Sigg.ri Magistrati:
1) Dott. Adalberto Battaglia Presidente
2) Dott. Roberta Serio Giudice
3) Dott. Roberto Conti Giudice
ha emesso la seguente

SENTENZA

nel procedimento portante il n°5241 degli affari civili contenziosi dell' anno 1995

TRA

ROMANO BENEDETTO, elettivamente domiciliato in Palermo via Wagner n°9 presso lo Studio dell'Avv. G. Palmigiano che lo rappresenta e difende unitamente all'Avv. A. Palmigiano

ATTORE

E

E.N.E.L. S.P.A., con sede in Roma, in persona dell'Ing. Domenico Carra e dell'Avv. C. Domeniconi nelle loro qualità di institori della società, elettivamente domiciliato in Palermo Via Marchese di Villabianca n°121, rappresentata e difesa dagli Avv.ti G. G. Gentile E. Ciccotti e G. D'Alleo

CONVENUTA

CONCLUSIONI PER L'ATTORE

VOGLIA IL TRIBUNALE

Dichiarare che gli obblighi previsti dalla direttiva CEE 93/13 del Consiglio del 5 Aprile 1993 hanno effetto diretto in quanto chiari precisi e non condizionati ad interventi discrezionali dello Stato e fanno quindi sorgere diritti a favore dei privati.

Dichiarare inoltre con qualsiasi statuizione che tutte le clausole vessatorie delle condizioni particolari e delle condizioni generali del contratto stipulato dal Romano con l'ENEL sono nulle, annullabili o comunque non vincolanti per l'attore, in quanto in contrasto con la direttiva del Consiglio 93/13 C.E.E. o in subordine per vizio del consenso determinato da violenza.

In via ulteriormente subordinata con qualsiasi statuizione dichiarare nulle annullabili o comunque non vincolanti per l'attore quelle fra le summenzionate clausole che erano ritenute in contrasto con la direttiva del Consiglio 93/13 o secondariamente, che risultano viziate nel consenso per violenza.

Condannare l'ENEL alla pubblicazione dell' emittenda sentenza sui quotidiani La Repubblica e Il Giornale di Sicilia e con riserva di chiedere il risarcimento dei danni eventualmente subiti, da quantificare in seguito.

Con vittoria di spese.

CONCLUSIONI PER IL CONVENUTO

VOGLIA IL TRIBUNALE

Rigettare tutte le domande attrici in quanto infondate in fatto e in diritto con condanna dell'attore alla integrale rifusione delle spese.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 28 Aprile 1995 Romano Benedetto convenne in giudizio innanzi a questo Tribunale l'E.N.E.L. spa, in persona del suo legale rappresentante pro-tempore ed espose di essersi recato, il 16 Gennaio 1995, presso gli uffici dell'ente convenuto siti in Palermo per stipulare un contratto di fornitura di energia elettrica per l'appartamento ubicato nella locale Via Maqueda n.10. Soggiunse che l'impiegato addetto gli aveva richiesto di sottoscrivere le clausole vessatorie ancorché le stesse contrastassero con la direttiva CEE n°13 adottata il 5 Aprile 1993 a tutela del consumatore, i cui precetti precisi ed incondizionati, che esso attore ben conosceva per essere segretario regionale e nazionale dell'associazione Adiconsum impegnata nella difesa dei consumatori, dovevano ritenersi immediatamente efficaci, essendo scaduto il termine previsto per la trasposizione della direttiva nell'ordinamento nazionale, anche nei confronti dell'ente convenuto, la cui struttura privatistica non ne escludeva la equiparabilità allo Stato secondo i principi espressi dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Evidenziò, ancora, che si era determinato a sottoscrivere le clausole del contratto sotto la minaccia di esporre i suoi beni ad un male ingiusto e notevole, avendo consapevolezza che, altrimenti, non avrebbe potuto godere dell' energia elettrica distribuita in regime di monopolio dall'ENEL.

Sulla scorta di tali premesse, il Romano chiese al Tribunale che fosse accertato che gli obblighi nascenti dalla direttiva CEE 93/13 erano di immediata efficacia nei confronti dell'ENEL spa e che con qualsiasi statuizione tutte le clausole

vessatorie delle condizioni particolari e generali del contratto, o in via graduata quelle ritenute tali, fossero dichiarate nulle, annullabili o non vincolanti per contrasto con la direttiva o per vizio del consenso.

Chiese ancora che l'E.N.E.L. S.p.A. fosse condannata alla pubblicazione della emittenda sentenza sui quotidiani "La Repubblica" ed il "Giornale di Sicilia", riservandosi di chiedere i danni eventualmente subiti da quantificare in seguito.

Costituitosi in giudizio, l'E.N.E.L. S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore*, chiese il rigetto delle avverse domande, evidenziando gradatamente che la direttiva comunitaria invocata dall'attore non aveva efficacia immediata in mancanza della legge di attuazione, che comunque la stessa non poteva essere opposta ad esso ente trasformatosi in società per azioni già prima della conclusione del contratto con il Romano e che comunque la generica abusività delle clausole negoziali prospettata dall'attore ometteva di considerare la peculiare natura del rapporto che era tale da escludere che tutte le clausole vessatorie del contratto fossero contrarie alla direttiva comunitaria.

Sostenne poi la pretestuosità delle domande tendenti ad ottenere l'annullamento per violenza delle clausole negoziali anzidette e la condanna alla pubblicazione della sentenza su alcuni quotidiani, non essendo profilabile alcun danno attuale.

Indi la causa, compiuta l'istruzione, sulle conclusioni delle parti riportate in epigrafe, veniva rimessa al Collegio che all'udienza del 13 Marzo 1998 l'ha posta in deliberazione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Occorre premettere che nell'odierno giudizio il Romano ha inteso proporre un'azione volta alla declaratoria di non opponibilità nei suoi confronti delle clausole assertivamente vessatorie contenute nel modulo del contratto di somministrazione di energia elettrica sottoscritto il 16 gennaio 1995.

Ora è evidente, avuto riguardo al “rifiuto dell'ente erogatore di stipulare il contratto senza la sottoscrizione delle clausole vessatorie" frapposto all'attore e pure specificamente ammesso dall'ente convenuto - v. pag. 10 comparsa di risposta ENEL spa e missiva dell’8 Gennaio 1995 - l'interesse attuale del Romano a chiarire la portata complessiva del rapporto negoziale concluso con l'ENEL e a non soggiacere ad un complesso di clausole che lo stesso non avrebbe voluto facessero parte del contenuto negoziale in quanto contrastanti, secondo il suo assunto, con la direttiva CEE 93/13 e perciò idonee, sempre stando alle allegazioni dell'attore, a cagionare pregiudizi difficilmente emendabili in relazione al regime di esclusività in cui opera l'ENEL nel servizio di distribuzione dell'energia elettrica.

Del resto, il diverso convincimento espresso dall'ENEL nella propria comparsa conclusionale, a seguire il quale l'utente non potrebbe mai agire in giudizio per fare accertare l'eventuale abusività di una o più clausole negoziali prima che le stesse siano effettivamente applicate dal professionista, omette di considerare non soltanto la peculiarità del rapporto in oggetto, reclamata solo a diverso titolo dalla convenuta, ma anche la netta differenza tra il rimedio general - preventivo riconosciuto dall'art.7 della direttiva CE 93/13 – poi specificato dall'art.1469 sexies c.c. introdotto con la legge n.

56/96 di cui in seguito sì dirà -, volto ad inibire la conclusione di contratti che, contenendo clausole generali vessatorie, possono provocare una posizione di squilibrio a danno del consumatore, e la tutela individuale azionata nel presente giudizio dal Romano che, in quanto parte di un contratto concluso sulla base di un compendio di clausole - ritenute - abusive e "necessariamente" sottoscritte al fine di usufruire del servizio prestato dall'ENEL, ha immediato interesse ad esperire un'azione tendente all'accertamento della non vincolatività di uno o più patti all'interno di un rapporto negoziale già insorto e quindi potenzialmente idoneo a provocare effetti sfavorevoli per il contraente debole.

Nè può dubitarsi che il superiore assunto appare in linea con la ratio ispiratrice della direttiva comunitaria 93/13 su cui in seguito si avrà modo di tornare, ove pure si consideri che proprio con riferimento ai casi in cui il rapporto negoziale prende luogo da un obbligo legale a contrarre un autorevole indirizzo dottrinario, dopo avere evidenziato che la tutela spettante ai consumatori *uti singu1i* si esercita ordinariamente attraverso un giudizio di cognizione nelle forme dell'accertamento negativo, ritiene ammissibile la tutela individuale in favore dei consumatori finanche nell'ipotesi in cui questi abbiano avanzato una mera richiesta di concludere il contratto, sostenendo che con tale domanda diventerebbe già attuale il diritto - e con esso l'interesse - a chiedere l'accertamento della non vincolatività delle clausole generali che, in difetto di una loro preventiva eliminazione, diventerebbero la fonte del rapporto contrattuale in relazione all'obbligo di contrarre gravante sul monopolista.

Ciò posto in punto di interesse ad agire dell'attore, mette conto osservare che i molteplici temi d'indagine che l'odierna controversia involge richiedono preliminarmente, l'esame dei tratti principali della direttiva 93/13/CEE adottata dal Consiglio della Comunità Economica Europea il 5 Aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, normativa che il Romano, nel proporre l'odierna azione anteriormente all'entrata in vigore della legge nazionale che ha dato attuazione alla medesima (l. n. 56/96), assume avere immediata efficacia nello Stato italiano, rimasto inadempiente all'obbligo di trasporre la norma comunitaria entro il termine - nelle stessa fissato - del 31 dicembre 1994.

Ritiene il Tribunale che l'esame della superiore questione non appare superato dall'entrata in vigore della legge di attuazione della direttiva adottata dallo Stato Italiano, ove si consideri, per un verso, che l'accertamento in ordine al contenuto negoziale riguarda anche il periodo precedente all'entrata in vigore della legge di attuazione e per altro verso che se l'indagine di seguito svolta dovesse condurre a ritenere l'immediata efficacia della normativa comunitaria nel periodo compreso fra 1 Gennaio 1995 - termine entro il quale la direttiva doveva essere attuata - e il 25 Febbraio 1996 - epoca di entrata in vigore della norma interna di attuazione che ha novellato il codice civile - verrebbe a determinarsi un peculiare rapporto fra norma ordinaria e norma comunitaria di indirizzo immediatamente precettiva e sovraordinata rispetto alla prima, rapporto nel quale la norma gerarchicamente superiore gioca un ruolo decisivo nell'interpretazione del precetto interno, se ad essa pienamente conforme, o

addirittura nella disapplicazione del medesimo ove questo contrasti con i principi incondizionati e precisi della norma comunitaria.
Quanto alla questione dell'efficacia diretta di una direttiva comunitaria negli Stati membri - c.d. efficacia *self-executing*, appare utile rammentare che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, muovendo dall'art. 189, 3° comma, del Trattato CEE a tenore del quale "la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi" era ferma nel sostenere che la direttiva avesse come unici destinatari gli Stati membri, di guisa che dalla stessa non potevano sorgere diritti od obblighi per i singoli individui che nemmeno potevano quindi sperimentare alcuna tutela innanzi al giudice nazionale.
Da ciò conseguiva, come logico corollario, che solo la normativa di recepimento alla cui attuazione ogni Stato membro era tenuto poteva rendere efficace la direttiva per i singoli cittadini.
Tale orientamento, pacifico fino agli inizi degli anni '70, fu radicalmente superato allorché la stessa Corte, partendo dall'affermazione che "nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano mediante direttiva, obbligato gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario" fornì un'interpretazione più sostanzialistica del citato art.189 ed iniziò a riconoscere che anche le direttive potevano contenere disposizioni idonee a produrre effetti diretti nei rapporti fra i singoli e gli

Stati membri sempreché si trattasse di precetti "dettagliati" - sent. Corte Giustizia 6 Ottobre 1970 (causa 9/70) e 17 Dicembre 1970 (causa 33/70).
Fu quindi espresso il principio che in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva erano incondizionate e sufficientemente precise, le stesse potevano essere richiamate, in mancanza di provvedimenti di attuazione adottati entro i termini fissati, per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva ovvero per fondare in capo ai singoli diritti da esercitare nei confronti dello Stato (v. Corte di Giustizia 19 Gennaio 1982 Becker causa B/81, 17 Ottobre 1989 in cause riunite 231/87 e 129/88).
Divenne allora prioritario per l'interprete accertare per un verso l'obbligo sancito dalla direttiva non trasposta fosse incondizionato né subordinato, per quanto riguarda i suoi effetti, all'emanazione di un atto delle istituzioni della comunità o degli Stati membri - v. Corte di Giustizia 3 Aprile 1968, causa 28/67 - e, ancora, che il precetto contenesse in sè tutti gli elementi necessari per la sua applicazione e sancisse quindi un obbligo in termini non equivoci - v. Corte di Giustizia 26 Febbraio 1986, causa 152/84 e Corte di Giustizia 23 Febbraio 1994 in causa C-236/92 -.
Appare poi chiaro, fin dagli inizi del revirement operato dalla Corte di Giustizia, che il vaglio teso all'accertamento della operatività immediata di una direttiva inattuata non doveva necessariamente riguardare il testo integrale della direttiva, per modo che la presenza di norme che demandavano ai legislatori interni un certo margine di discrezionalità per l'attuazione delle stesse - e che come tali dovevano ritenersi prive di efficacia diretta - non poteva paralizzare l'efficacia

immediatamente operativa delle altre disposizioni incondizionate e precise - v. Corte Giustizia 19 Gennaio 1982 causa 8/81-.
I principi dianzi ricordati devono quindi indirizzare l'analisi contenutistica della direttiva CEE 93/13 che definisce le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori proprio al fine di acclarare se le disposizioni ivi contenute siano incondizionate e sufficientemente precise e come tali immediatamente applicabili negli ordinamenti nazionali ovvero se le stesse diano luogo a notevoli incertezze interpretative tali da non renderle chiare e precise.
In proposito, mette conto rilevare che ancorché a livello dottrinario si riscontrino diversi indirizzi interpretativi che abbracciano tutte le possibili opzioni - efficacia *self-executing* integrale della direttiva, efficacia limitata ad alcune disposizioni ed inefficacia dell'intero corpo di norme - la tendenza prevalente, che trae linfa alla circostanza che la relazione che precede il d.d.l. 20 Dicembre 1994 di attuazione (poi non tramutato in disposizione normativa) conteneva l'inciso secondo cui "il contenuto dettagliato delle disposizioni introdotte dalla direttiva fa ritenere che la stessa sia suscettibile di un'applicazione immediata e diretta nell'ordinamento interno a decorrere dal termine del 31 Dicembre 1994 " è orientata a ritenere che la direttiva contiene elementi tali da non necessitare da parte del legislatore nazionale alcuna attività discrezionale nell'adozione della stessa mentre è minoritario l'orientamento più rigoroso che, muovendo dal postulato che l'applicazione immediata di una direttiva dopo il termine di scadenza per l'attuazione nei paesi membri è profilabile solo in ipotesi di diritti

soggettivi dei privati nei confronti dello Stato inadempiente per non avere tempestivamente recepito la normativa comunitaria, reputa che la direttiva 93/13 CEE, essendo indirizzata a regolamentare i rapporti interindividuali e contenendo peraltro precetti imprecisi e condizionati a scelte discrezionali dei legislatori nazionali, non potrebbe spiegare alcuna efficacia in assenza di una legge di recepimento.

Orbene, ritiene il Collegio che la tesi intermedia, importando un esame specifico delle disposizioni della direttiva ed una netta differenziazione fra quelle sufficientemente chiare e quelle altre invece bisognevoli di essere completate e chiarite dal legislatore nazionale sia maggiormente appagante, sol che si consideri che la tesi più rigorosa omette di considerare che secondo i principi giurisprudenziali avanti ricordati la direttiva *self-executing* può consentire ai singoli di fare valere direttamente nei confronti dello Stato le posizioni giuridiche soggettive dalla stessa riconosciute e che l'orientamento più liberale non considera l'indeterminatezza di alcuni principi di cui in seguito si dirà.

Passando quindi al contenuto dispositivo della direttiva CEE 93/13, appare utile premettere che la stessa si inserisce nel più vasto panorama normativo comunitario destinato all'armonizzazione delle legislazioni degli stati membri e volto ad approntare una tutela uniforme alla figura del consumatore allorché questi sia parte di un contratto stipulato con un venditore di beni e servizi all'interno degli Stati della Comunità (si pensi alle direttive sulla responsabilità da prodotti difettosi - 85/374/CEE recepita con d.p.r. 24 Maggio 1988 n. 244 - sulle vendite fuori dai locali

commerciali - 85/577/CEE recepita con d.lgs. 15 Gennaio 1992 n°50 -, sul credito al consumo - 87/102/CEE e 90/88/CEE recepite con l. 19 Febbraio 1992 n°142 -, sulla pubblicità ingannevole - 84/450/CEE del 10 Settembre 1984 recepita con d.lgs.25 gennaio 1992 n°74 -).

Anche attraverso l'esame dei considerando preliminari alla direttiva di cui si discute, è dunque agevole evidenziare non soltanto l'ambito soggettivo ma anche la materia oggetto della normativa e la tecnica di conclusione del contratto che la stessa presuppone emergendo in termini chiari e precisi che la stessa si rivolge alla disciplina di clausole non oggetto di negoziato individuale (art. 3 n°1) facenti parte di contratti - esclusi quelli di lavoro, relativi ai diritti di successione, allo statuto familiare e alla costituzione e statuto delle società (cfr. considerando n. 10 dir.) - stipulati dal consumatore, inteso come persona fisica che nel concludere i contratti agisce per fini estranei alla propria attività professionale - art.2 lett. b)-, con una persona -fisica o giuridica- che agisce nel quadro della propria attività professionale sia essa pubblica o privata, qualificata come professionista - art.2 lett. c).

Risulta altrettanto chiara e precisa l'intenzione del legislatore comunitario di operare sui contratti anzidetti una tutela diversa da quella generalmente applicata negli stati membri e fondata sul controllo formale delle clausole - così gli artt.1341 comma 2° e 1342 comma 2°c.c. -, incentrando la verifica sul contenuto sostanziale dei patti redatti preventivamente nell'ambito di un contratto per adesione ed escludendo la vincolatività per il consumatore di quelle clausole non riproducenti disposizioni normative o regolamentari imperative

che, in relazione alla natura dei beni o servizi oggetto della contrattazione, determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto contrario al principio della buona fede - art.1 2°comma, art.3 comma 2°, art.4 comma 1° e art. 6 comma 1°-.

La direttiva, oltre a contenere un elenco indicativo di clausole che possono essere dichiarate abusive - art. 3 comma 3°, esclude ogni valutazione in termini di abusività per le clausole che attengono alla definizione dell'oggetto principale del contratto e alla perequazione fra prezzo e beni offerti "purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile" - art.4 2° comma -.

L'art. 5 prevede ancora che le clausole proposte al consumatore per iscritto devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile e che deve comunque prevalere in caso di dubbio, l'interpretazione più favorevole al consumatore mentre viene infine demandata alle scelte discrezionali dei legislatori nazionali l'individuazione delle misure necessarie per garantire il rispetto dei principi della direttiva al consumatore che scelga come legge applicabile al contratto la legislazione di un paese terzo - art. 6 2°comma - e l'adozione di rimedi di tipo general - preventivo che permettano a persone o organizzazioni di adire le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi affinché queste stabiliscano se le clausole contrattuali redatte per un impiego generalizzato abbiano carattere abusivo e applichino mezzi adeguati per far cessare l'inserzione delle clausole stesse - art. 7 1° e 2°comma -.

A chiusura del testo è poi chiarita la portata minimale della direttiva, vista la possibilità per gli

Stati membri di approntare una tutela più severa di quella delineata dal legislatore comunitario - art.8.
Orbene, premesso che il contenuto dispositivo dell'art.5 della direttiva risulta in buona parte già contenuto nella legislazione italiana precedente - v. art. 1370 c.c. in tema di interpretazione contro l'autore della clausola - non par dubbio che una delibazione in termini di precisione ed analiticità appare agevole con riferimento agli ambiti oggettivi e soggettivi della direttiva, mentre l'ampio margine di discrezionalità demandato ai legislatori nazionali esclude in radice la possibilità di ritenere immediatamente efficaci i precetti contenuti negli artt. 6 II comma, 7 e 8 della direttiva.
Sicuramente complesso è invece l'accertamento in ordine alla specificità della nozione di "significativo squilibrio contrattuale malgrado la buona fede" e della connessa non vincolatività delle clausole abusive che nell'elenco accennato appaiono peraltro costellate di espressioni che in prima approssimazione potrebbero definirsi "non univoche".
Ritiene peraltro questo Tribunale che l'utilizzazione di una clausola generale a contenuto non predeterminato quale è quella del significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, lungi dal rimandare al legislatore nazionale l'individuazione contenutistica del precetto già in sé sufficientemente chiaro, manifesta la scelta comunitaria di non offrire un'analitica individuazione delle fattispecie astrattamente riconducibili alla clausola generale, tecnica quest'ultima che avrebbe potuto ridurre la portata del principio rendendolo poco incline a racchiudere la multiforme tipologia di clausole

predeterminate nelle contrattazioni di massa, ma piuttosto di demandare all'interprete il compito di concretizzare il contenuto precettivo della norma operando all'interno di ciascun contratto una saggia opera di bilanciamento degli interessi in gioco.
Da ciò consegue che il ruolo svolto dalla clausola generale di cui si è detto è proprio quello di affiancarsi alla tipizzazione di clausole presuntivamente abusive contenuta nell'allegato alla direttiva, necessariamente elaborata in un determinato periodo storico e destinata ad essere nel tempo superata dalla evoluzione dei traffici commerciali, e di rappresentare l'elemento elastico attraverso il quale garantire la sussimibilità delle fattispecie nelle stesse non contemplate.
Per quel che poi riguarda il concetto di non vincolatività, se è vero che lo stesso potrebbe essere inteso dai legislatori nazionali in termini non univoci ed in modo tale da farne scaturire indifferentemente la nullità, l'annullabilità o l'inefficacia del contratto, non è men vero che la flessibilità dell'espressione e la conseguente possibilità dei singoli stati di adottare opzioni tecniche diversificate non mette in discussione il fondamentale principio della non opponibilità della clausola abusiva al consumatore introdotto dal legislatore comunitario, né pregiudica il carattere preciso ed incondizionato del risultato cui perviene la norma. Ne consegue che l'effetto voluto in termini inequivoci dalla direttiva, pur potendo essere ottenuto da ciascuno stato membro in relazione ai diversi principi generali delle normative in tema di contratti vigenti, appare pienamente applicabile indipendentemente da una normativa di recepimento. Del resto, proprio la giurisprudenza

comunitaria è stata ferma nel ritenere che la facoltà riconosciuta allo Stato di scegliere tra una molteplicità di mezzi possibili al fine di attuare una direttiva comunitaria non esclude che i singoli possano fare valere dianzi ai giudici nazionali i diritti, il cui contenuto può essere determinato con una precisazione sufficiente, sulla base delle sole disposizioni della direttiva - v. in termini Corte Giustizia CEE 19 Novembre 1991 in causa n°6 -.

Per quel che poi riguarda il compendio delle clausole abusive contenute nell'elenco allegato alla direttiva, va anzitutto osservato che la possibilità che le stesse vengano dichiarate abusive non va interpretata, secondo il Collegio, nel senso di consentire ai legislatori nazionali una valutazione di non abusività delle clausole ivi indicate, dovendo piuttosto ritenersi che con siffatta espressione sia stata garantita, non al legislatore ma all'autorità chiamata ad applicare concretamente il precetto, il potere di valutare volta per volta, anche sulla base delle allegazioni del professionista, la vessatorietà delle clausole in relazione a tutte le altre clausole del contratto o di un altro contratto da cui esso dipende - art.4 comma 1 dir. - alla peculiarità del rapporto ed alla natura delle prestazioni.

Ed analoghe considerazioni possono farsi in ordine alla terminologia contenuta nell'elenco anzidetto ove spesso viene fatto riferimento a concetti elastici - si pensi all'uso di espressioni come "limitare impropriamente" - lett.b) -, "importo sproporzionatamente elevato - lett. e) - "ragionevole preavviso"- lett. g) elenco - “data eccessivamente lontana" - lett. h) “senza valido motivo"- lett. j) - "prezzo troppo elevato" - lett. i) -, ove appunto si consideri che la discrezionalità insita in espressioni di tal fatta non involge le scelte legislative che

ciascuno Stato dovrebbe approntare ma riguarda piuttosto l'ordinaria attività interpretativa demandata all'autorità che deve applicare tali principi.
Può dunque a ragione ritenersi che il legislatore comunitario, nel caso di cui si discute, non ha inteso demandare alle legislazioni nazionali l'individuazione delle condizioni che importano la non vincolatività, lo squilibrio negoziale e la contrarietà a buona fede ma ha esso stesso inderogabilmente stabilito che la riconducibilità di una fattispecie al nucleo specificato nella direttiva dovesse determinare taluni imprescindibili effetti a cui le legislazioni nazionali dovevano limitarsi a dare veste giuridica compatibile con le discipline negoziali già in vigore, ove anche si consideri che la direttiva di cui si discute ha significativamente ed espressamente previsto, unitamente al termine per la trasposizione negli Stati membri, anche l'applicabilità delle disposizioni ai contratti stipulati dopo il 31 Dicembre 1994, con ciò rendendo palese la compiutezza del compendio di norme introdotte e la loro idoneità a spiegare effetti immediati alla scadenza del termine concesso ai legislazioni nazionali per l'attuazione.
Chiarito dunque che gli artt. 1, 2, 3, 4 e 6 I° comma della direttiva 93/13 appaiono sufficientemente chiari e precisi così come le clausole contenute nell'elenco allegato alla direttiva, va dunque escluso che sia necessario un provvedimento specifico di attuazione da te dei legislatori degli stati membri per rendere applicabili i precetti dagli stessi contenuti, di guisa che il giudice nazionale può limitarsi ad accertare se una o più clausole di cui il consumatore assume l'abusività rientrino nell'alveo di quelle descritte

dalla direttiva CEE 93/13 secondo il significato che alle stesse va attribuito, provvedendo ove del caso a disapplicare le disposizioni del diritto interno che siano contrastanti con i precetti comunitari.

Occorre a tal punto volgere l'attenzione alla questione, anch'essa preliminare rispetto all'esame delle domande spiegate dal Romano, della opponibilità da parte del consumatore delle disposizioni della direttiva di cui si discute all'ENEL, assumendo l'attore che tale ente rientrerebbe fra quelli che la Corte di Giustizia ha riconosciuto essere destinatari diretti di una direttiva *self-executing* non recepita e sostenendo per converso l' ENEL che la natura privatistica della società per azioni in cui è stato normativamente trasformato l'Ente Nazionale per l'energia elettrica impedirebbe una simile evenienza.

Già si è avuto modo di rilevare che la Corte di Giustizia - sent. Becker 19.1.1982 cit. - muovendo da un'interpretazione sostanzialistica dell'art.189 del Trattato CEE, ha riconosciuto che il singolo potesse fare valere direttamente dinanzi al Giudice nazionale la posizione giuridica soggettiva riconosciuta dalla direttiva comunitaria *self-executing* soltanto nei confronti dello Stato - c.d. efficacia verticale -, ciò al dichiarato fine di ovviare alle negligenze e ai ritardi degli Stati membri nell'adempimento puntuale degli obblighi imposti dalla direttiva e di impedire che gli stessi potessero applicare le normative interne non conformi alle direttive non trasposte - c.d. teoria dell'*estopped* -.

Quanto invece alla possibilità dell'efficacia immediata della direttiva nei rapporti interprivati - c.d. efficacia orizzontale - la stessa Corte, a partire dalla sentenza Marshall (resa il 26 Febbraio 1986

nella causa 152/1984), ha affermato che la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che la stessa non può quindi essere azionata nei confronti dello stesso, potendo la comunità emanare norme efficaci tra privati solo mediante regolamenti v. anche Corte di Giustizia 14 Luglio 1994 già cit. -.

Tale indirizzo è stato recentemente condiviso anche dalla Corte di Cassazione che, limitandosi peraltro a fare espresso riferimento alla immediata rilevanza delle pronunzie interpretative della Corte di Giustizia ed ai principi dalla stessa espressi, ha escluso che nei rapporti interprivati possano avere efficacia le disposizioni della direttiva CEE 85/577 in tema di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, adeguandosi a quanto già la Code di Giustizia aveva ritenuto in via interpretativa – v. Cass. 27 Febbraio 1995 n° 2275 -.

Va peraltro aggiunto che autorevoli indirizzi dottrinali e una giurisprudenza di merito allo stato minoritaria - v. ad esempio Trib. Milano 7 Settembre 1995 in Banca Borsa TC. 1996 659 proprio sul tema della direttiva CEE 93/13 - appaiono orientati a superare la tradizionale ripartizione operata dalla Corte di Giustizia ed ad ammettere l'efficacia orizzontale anche al fine di eliminare l'ingiustificata discriminazione che verrebbe a prodursi nei confronti dei soggetti i quali, pur trovandosi nelle medesime condizioni sostanziali di coloro che si avvalgono della direttiva nei confronti dello Stato, non possono giovarsi di una simile tutela sol perché il soggetto destinatario non coincida con lo stato di appartenenza.

Né possono sottacersi le critiche mosse da chi assume che il "dogma dell'inefficacia orizzontale" sembra destinato inevitabilmente a cadere allorché

le legislazioni degli stati membri si indirizzano al "mercato unico" nel quale l'esigenza primaria è appunto quella di applicare in maniera uniforme la regola comunitaria anche nei rapporti di scambio.
Ad ogni buon fine, mette conto ricordare che pur non risultando i superiori indirizzi dottrinali in linea con gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione che questo Collegio non intende disattendere, gli stessi agevolano comunque e costituiscono anzi la chiave di lettura della giurisprudenza comunitaria che, successivamente al caso Marshall, ha precisato la nozione di "effetto diretto verticale", ampliando il novero dei soggetti che all'interno dello Stato sono diretti destinatari delle direttive *self-executing*.
E' stata in particolare riconosciuta l' invocabilità della direttiva nei confronti di autorità incaricate di mantenere l'ordine pubblico anche se indipendenti dallo Stato - sent. 15 Maggio 1986, Jonstom, causa 222/84 - mentre con la sentenza Costanzo - 22 Giugno 1989, causa 103/88 - la Corte ha affermato il principio che gli obblighi derivanti da una direttiva *self-executing* valgono per tutte le autorità degli Stati membri ed in particolare per tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali come i comuni.
Tale linea interpretativa, pure condivisa dalla Corte Costituzionale che ha avuto modo di affermare che tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi, tanto se dotati del potere di dichiarazione del diritto, come gli organo giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili - v. Corte Cost. 4 Luglio 1989 n° 389 ha raggiunto il suo apice con la sentenza Foster - 12 Luglio

1990, causa 188/89 - in cui la Corte di Giustizia ha affermato l'operatività della direttiva *self-executing* nei confronti di ogni"organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli ".

Ed invero, nel precedente surricordato, che merita particolare attenzione poiché dallo stesso l'attore trae ragioni, a suo dire inoppugnabili, per ritenere opponibile all'ENEL le disposizioni della direttiva 93/13 CEE, la Corte si trovò ad affrontare il caso di due lavoratrici della British Gas Corporation, ente pubblico esercente in regime di monopolio il sistema di distribuzione del gas, che erano state collocate a riposo al compimento del 60° anno di età conformemente ad una prassi che consisteva nel collocare in pensione i dipendenti allorché raggiungevano l'età alla quale maturavano il diritto alla pensione di Stato, età che nel Regno Unito era di 60 anni per le donne e di 65 anni per gli uomini.

Ora, muovendo dalla circostanza che tale condotta contrastava con l'art.5 della direttiva CEE 76/207 sul principio della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di accesso al lavoro non recepita da quello Stato membro, la Corte di Giustizia affermò il principio surricordato in ordine alla vincolatività della direttiva anche nei confronti dell'ente datore di lavoro che all'epoca dei fatti lamentati dalle lavoratrici era una persona giuridica pubblica istituita dallo Stato e che solo successivamente era stato privatizzato.

E' quindi necessario ripercorrere i principali dati normativi che hanno portato alla c.d. privatizzazione dell'Ente nazionale per l'Energia Elettrica istituito con legge n. 1643 del 6 Dicembre 1962 al fine di acclarare se il principio divisato dalla Corte di Giustizia possa spiegare effetti rilevanti nel caso di specie - avendo cura di precisare fin dall'inizio che il contratto di somministrazione per cui è causa, diversamente dalla fattispecie esaminata dalla Corte, fu concluso dal Romano quando l'ente pubblico economico ENEL era già stato trasformato in società per azioni.

Giova in proposito ricordare che il decreto legge 11 Luglio 1992 n° 333, poi convertito nella legge 8 Agosto 1992 n. 359 ha fra l'altro previsto la trasformazione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica ENEL - unitamente all'I.R.I., all'E.N.I. e all'I.N.A. - in società per azioni (artt. 14, I comma e 15, I comma), il trasferimento a titolo di concessione allo stesso ente di tutte le attività ed i diritti attribuiti o riservati per legge o con atti amministrativi all'ente pregresso in virtù della nazionalizzazione del settore elettrico a suo tempo disposta con la legge 6 Dicembre 1962 n°1643, le attribuzioni alle società trasformate in materia di dichiarazione di pubblica utilità e di necessità ed urgenza già spettanti agli enti originari - art. 14 comma 4° bis d.l. cit. aggiunto in seguito alla conversione in legge -, il conferimento al Ministero del Tesoro del capitale sociale e l'esercizio dei diritti dell'azionista da parte del detto Ministero d'intesa con il Ministro del bilancio, dell'industria e delle partecipazioni statali - art. 15, comma 3°, nel testo modificato in sede di conversione.

Va poi aggiunto che ancor prima della trasformazione in S.p.A. degli enti pubblici anzidetti era stato introdotto nell'ordinamento interno un compendio di norme - con il d.l.31 Maggio 1994 n. 332 conv. nella legge 30 Luglio 1994 n 0474 - che nell'ambito del processo di dismissione delle partecipazioni dello Stato in società per azioni aveva riconosciuto al Ministero del Tesoro taluni poteri speciali tesi non solo a limitare la possibilità di acquisizioni libere da parte dei privati delle quote azionarie delle società trasformate - art.2 d.l. cit. - ma anche a influire sull'attività dell'ente - art.2 lett. c) d.l. cit. - e ad incidere significativamente sul contenuto delle norme dello statuto societario - art. 3 e 4 d.l. cit. - nonché sulle modalità di svolgimento delle assemblee societarie - art.5 d.l. cit. -.

Nel quadro di riorganizzazione dei servizi di pubblica utilità è stata poi introdotta la legge 14 Novembre 1995 n°481 che ha istituito, per quel che qui importa, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas - ad essa trasferendo le funzioni in materia di energia elettrica attribuite dall'art. 5 comma 20, lett. b), del d.p.r. 20 Aprile 1994 n°373 al Ministero dell'Industria che era a sua volta subentrato alle funzioni svolte dal soppresso Comitato Interministeriale Prezzi – riconoscendole un complesso di penetranti controlli sull'attività dell' ENEL nell'ambito dei quali detta Autorità può ordinare la cessazione dei comportamenti lesivi dei diritti degli utenti imponendo l'obbligo di corresponsione di un indennizzo - art.2 comma 20 lett. d)- proporre la modifica delle clausole delle concessioni e delle convenzioni e delle condizioni di svolgimento dei servizi - art. 2, comma 12, lett. d)-, verificare i costi delle singole prestazioni,

controllare lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione - art. 2, comma 12, lett. g) -, valutare i reclami degli utenti e dei consumatori art.2, comma 12, lett. m) - proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione - art. 2, comma 12, lett. o), irrogare sanzioni amministrative pecuniarie in caso di inosservanza dei propri provvedimenti da parte dei soggetti esercenti il servizio - art. 2, comma 20, lett. c) -.

Il Ministero dell'industria e del Commercio ha quindi stipulato con l'ENEL spa la convenzione accessiva al trasferimento in concessione delle attività di importazione, esportazione, produzione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica, nella quale si ribadisce che il pubblico servizio di fornitura è svolto dall'ente concessionario per il perseguimento dei fini di utilità generale di cui all'art.1 comma 3° l. 6 Dicembre 1962 n.1643 nonché delle finalità specificate nell'art.1 della legge 14 Novembre 1995 n. 481 e sotto l'osservanza delle direttive impartite dall'Amministrazione e dalla Autorità per l'energia elettrica - v. d.m. 28 Dicembre 1995 concernente l'attribuzione all'ENEL spa della concessione delle attività per l'esercizio del pubblico servizio dell'energia elettrica nel territorio nazionale (in suppl. G.U. 16 Febbraio 1996 n° 9).

In tale convenzione è stato ulteriormente ribadito che lo svolgimento dei servizi all'utenza è soggetto ai poteri di controllo, di intervento, di verifica e sanzionatori dell'Autorità per l'energia in conformità a quanto previsto dall'art.2 comma 12, lettere c), d), g), h), m), n), p) e comma 20 della legge 481/1995 già sopra ricordati - art. 20 conv. - nonché alla vigilanza dell'Amministrazione - id est

Ministero concedente - che può adottare provvedimento di sospensione, revoca o decadenza della concessione - artt. 23 e 24 conv..
Quanto alle condizioni di fornitura e di contratto è stata prevista la facoltà della società ENEL, in conformità alle procedure di cui all'art.3 comma 4 della legge 481/1995 - norma quest'ultima che consente al soggetto esercente il servizio di proporre annualmente all'Autorità per l'energia l'aggiornamento delle tariffe e l'automatico aggiornamento in caso di mancata verifica della proposta da parte dell'Autorità entro il termine di quarantacinque giorni -, di proporre all'Autorità nuove tariffe e trattamenti particolari connessi a controprestazioni dell'utenza o ad altre esigenze di carattere generale - art. 28, 2° comma, conv.-. Viene infine chiarito che le condizioni generali di contratto applicabili all'utenza servita dalla società in vigore possono essere modificate in base alle proposte dell'Autorità dell'energia ai sensi dell'art. 2, comma 12, lettere d) e m) della legge n°481/1995.
Orbene, dopo avere ricordato che il Ministero del Tesoro è attualmente titolare di una quota pari al 100 per cento del capitale dell'E.N.E.L. spa che continua a svolgere in regime di monopolio il servizio di distribuzione dell'energia elettrica va quindi accertato se la configurazione societaria dell'ente convenuto lo faccia rientrare fra gli organismi che indipendentemente dalla loro forma giuridica, sono stati incaricati con atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispongano a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli".

Ora non v'è dubbio che l'ENEL spa, proprio alla stregua dei tratti caratteristici dianzi evidenziati, risponde alle caratteristiche minimali che consentono di ritenerlo assimilabile agli enti pubblici e come tale deve ritenersi destinatario diretto degli precetti comunitari.

Va infatti evidenziato che la politica di dismissione che sta caratterizzando da circa un quinquennio l'ordinamento interno e le modalità con le quali la stessa è stata attuata non hanno nella sostanza prodotto significative differenze nella qualificazione del soggetto esercente il servizio pubblico di distribuzione dell'energia elettrica, bastando all'uopo rammentare quanto già osservato dalla Corte Costituzionale che, chiamata in sede di conflitto di attribuzioni ad accertare se le società privatizzate dovessero sottostare al controllo della Corte dei Conti sugli enti pubblici previsto dall'art.12 della legge 21 Marzo 1958 n.259, ha specificamente ritenuto che proprio la normazione sulle privatizzazioni ha di fatto stemperato la distinzione fra ente pubblico e società di diritto privato, conservando alle società derivate connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica quali quelle che si collegano all'assunzione della veste di concessionarie necessarie delle attività degli enti originari ed alle attribuzioni in materia di dichiarazione di pubblica utilità (art.14 d.l. n°33 3/1992 cit.) - v. Corte Cost. 28 Dicembre 1993 n.466 -.

Nè può seriamente disconoscersi che l'attività di esercizio di un servizio pubblico essenziale in forma di monopolio e il complesso di vincoli cui risulta sottoposta la società privatizzata ENEL - già sopra ampiamente evidenziato a proposito del capitale sociale, dei poteri speciali e dei quorum deliberativi

- consentono di sussumere l'ente anzidetto nell'alveo della figura di impresa pubblica emersa proprio nella normativa comunitaria.
Valga in proposito rammentare che già la direttiva CEE 26 Luglio 1971 n. 305 ha individuato la nozione di "organismo di diritto pubblico" alludendo a quell'ente istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e che con la direttiva CEE n. 723 del 25 Giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie con gli Stati membri, è stata definita come pubblica "ogni impresa sulla quale i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un' influenza dominante in ragione della proprietà, della partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina", poi chiarendo che "l'influenza dominante è presunta quando i pubblici poteri, direttamente o indirettamente, detengono la maggior te del capitale sottoscritto dall'impresa, dispongono della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa o possono designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa" - v. art.2 dir. cit.-.
Ora, se appare evidente che lo sviluppo a livello comunitario della figura di impresa pubblica nasce volutamente in contrapposizione alla ormai edulcorata partizione fra ente pubblico ed ente privato e mira piuttosto a cogliere, indipendentemente dagli strumenti, autoritativi o paritetici, prescelti dal legislatore, la funzionalizzazione dell'attività dell'ente al perseguimento di un interesse pubblico, non è men vero che tali principi non sono estranei all'esperienza giuridica italiana, bastando in

proposito ricordare che proprio con riferimento alle procedura di appalti nei settori esclusi il legislatore nazionale, nel dare attuazione alle direttive 90/531 CEE e 93/38 CEE, ha recepito la nozione di impresa pubblica nell'identica accezione avanti ricordata - art. 2, comma 1°, lett b) e comma 2° peraltro qualificando come soggetti privati che si avvalgono di diritti speciali o esclusivi coloro che abbiano la potestà di avvalersi dì procedure espropriative o di imposizione di servitù nella gestione di reti per la fornitura del servizio di energia elettrica - v. pure 1'art.8 della legge n°287/90 che estende alle "imprese", equiparando in tale espressione quelle private, pubbliche ed a partecipazione statale, i vincoli alla libertà di impresa discendenti dal diritto della concorrenza -.

Ed è particolarmente significativo che proprio la direttiva 93/13 CEE di cui qui si discute, riconducendo alla figura del professionista l esercente un attività professionale pubblica o privata - art.2 lett. c)-, ha inteso superare la nozione soggettiva di persona giuridica pubblica ed estendere il suo ambito anche all'attività da considerare "pubblica" in quanto sottoposta ad un regime speciale.

Nè può disconoscersi che nell'ordinamento interno è in atto un profondo mutamento del concetto di "atto amministrativo" e degli stessi principi cardine del diritto "pubblico", ove si consideri accanto al ricorso sempre più generalizzato alla figura del modulo convenzionale - artt. 11 e 15 l. n° 241/90 - , alla privatizzazione del pubblico impiego, con i conseguenti risvolti in sede di tutela giurisdizionale, e al superamento, de iure condendo, della tradizionale concezione autoritativa dell'agire amministrativo - si pensi al

progetto di modifica della Costituzione attualmente in discussione alle Camere ed all'art.106 del testo proposto dalla Commissione Bicamerale a tenore del quale "Le pubbliche amministrazioni, salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norma di diritto privato" - emerge con sempre maggiore vigore la figura dell'atto "oggettivamente" amministrativo inteso come manifestazione volitiva proveniente da soggetto che non fa parte della pubblica amministrazione ma che da questa è investito dello svolgimento di una pubblica funzione - v. in proposito T.A.R. Lazio, sez. III, 27 Gennaio 1995 secondo cui la trasformazione dell'ENEL in società per azioni non ha determinato il venire meno dei poteri pubblicistici che al soggetto competevano nel settore elettrico proprio in relazione alla fonte concessoria da cui gli stessi traggono origine -.

E non v'è dubbio che le scelte di indirizzo politico-istituzionale adottate dal legislatore verso la privatizzazione degli enti pubblici, oltre a mostrare la consapevolezza di una ineludibilità dell'intervento pubblico all'interno di sfere sempre più vaste di interessi mettono in chiara evidenza il radicale mutamento di prospettiva nel perseguimento dei fini pubblici attuato non più attraverso meccanismi necessariamente autoritativi ma piuttosto mediante l'utilizzazione di soggetti che formalmente sottratti alla sfera pubblicistica sono per ciò stesso sottoposti ad una regolamentazione "speciale" che connota il loro agire.

Del resto, non è chi non veda che con la "privatizzazione" dell'originaria struttura pubblica lo Stato persegue vieppiù le sue finalità primarie avvalendosi non di organismi autonomi costituiti all'interno dello Stato medesimo o comunque

facenti parte della sua struttura periferica, ma piuttosto di entità in cui alla sua posizione di azionista unico lo stesso affianca un regime giuridico differenziato e speciale" rispetto alle entificazioni che non mirano a perseguire finalità pubbliche.

Tirando le fila di quanto si è andato dicendo e tornando all'esame della fattispecie per cui è causa, può quindi concludersi che la struttura privatistica che un ordinamento, nell'ambito della discrezionalità delle sue scelte legislative, ritiene di approntare ad un determinato organismo - nella specie l'ENEL - perché questi persegua in regime di monopolio finalità di interesse generale - fra le quali è certamente annoverabile la distribuzione di energia elettrica -, in stretta sintonia con l'Amministrazione pubblica e nell'ambito di poteri speciali a quest'ultima conferiti giustifica l'opponibilità immediata all'ente medesimo degli obblighi nascenti dalla direttiva 93/13 CEE.

Non colgono allora nel segno le prospettazioni difensive dell'ente convenuto laddove intenderebbero riconnettere alla natura privatistica della società in cui è stato trasformato l'ente originario l'impossibilità di assimilare la nuova struttura allo Stato, ove si consideri che così opinando lo Stato medesimo, trasferendo le proprie funzioni ad enti privati sui quali mantiene un'influenza dominante nel senso dinanzi specificato potrebbe agevolmente eludere l'obbligo di dare attuazione alle direttive sancito in termini generali dal Trattato CEE e così vanificare la finalità perseguita attraverso il meccanismo della efficacia verticale della direttiva *self-executing.*

Del resto, appare utile sottolineare che il principio della tutela del consumatore inteso quale base

delle attività istituzionali "comuni", è andato assumendo all'interno dell'ordinamento comunitario un ruolo sempre più dominante - v. tra le altre Corte di Giustizia 7 Marzo 1990, causa 362/88 -, come è reso palese non soltanto dal cospicuo numero di direttive emesse in materia e già sopra ricordate, ma anche dal riconoscimento di un livello di protezione elevato per i consumatori che la Commissione deve perseguire nella sua attività propositiva -v. art.18 l. 23.12.1986 n. 909 che ha dato esecuzione all'atto unico europeo del 17 Febbraio 1986 ed inserito in particolare l'art. 100 A del Trattato - e dall'introduzione nel Trattato degli artt. 3 lett. s) e 129 A concernenti specificamente la politica di difesa dei consumatori. Da ciò consegue che il recepimento di una nozione riduttiva dell' ente assimilabile allo Stato finirebbe con lo svilire la portata stessa dei principi che il legislatore comunitario ha invece voluto adottare in un ottica sempre più tesa al perseguimento del "mercato unico".

Nè miglior pregio sembra avere l'asserzione, pure propalata dalla difesa della convenuta, secondo cui l'ENEL, nei suoi rapporti con l'utenza, agisce come qualunque altro privato imprenditore che ricorra all'uso di condizioni generali di contratto e che lo stesso non gode dì alcun speciale potere dì supremazia al quale la sentenza Foster riconnetterebbe necessariamente l'applicabilità immediata di una direttiva *self-executing*, valendo in proposito due distinti ordini di considerazioni.

Mette conto anzitutto rilevare che se è vero che il rapporto di somministrazione di energia elettrica concluso con l'utente è generalmente connotato in termini di pariteticità fra i contraenti, non può negarsi che la prospettazione della società

convenuta è espressamente contraddetta dalla facoltà, riconosciuta all'ENEL, proporre all'Autorità per l'energia elettrica l'aggiornamento delle tariffe - v. art. 28, 2° comma, convenzione stipulata con il Ministero dell'Industria, cit. - e dalla possibilità che tale proposta venga integralmente o parzialmente accolta dall'Autorità, il cui silenzio prolungato per oltre quarantacinque giorni dalla richiesta determina l'accoglimento integrale dell'aggiornamento richiesto - art. 3, comma 4, l. n° 481/1995 cit. -.

Ora si è che siffatta evenienza, imponendo all'utente di sottostare ad un potere unilaterale riconosciuto al somministrante dal quale può scaturire una modifica significativa della controprestazione alla quale l'utente stesso resta del tutto estraneo, è in assoluta antitesi con i principi consensualistici-contrattualistici vigenti per le contrattazioni ordinarie ed eccede sicuramente i limiti dei poteri risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti interprivati

Ma indipendentemente dalle superiori già troncanti considerazioni, è opportuno precisare che la lettura della sentenza Foster fornita dall'ente convenuto - e il richiamo al presupposto della ricorrenza di poteri speciali «nel rapporto» in cui è parte l'ente che svolge servizi pubblici - non può essere comunque condivisa nei termini in cui la stessa è propugnata per un'altra assorbente considerazione.

Ed invero, se in termini generali non può dubitarsi che lo strumento negoziate si pone in netta antitesi con la possibilità che il predisponente eserciti, nel rapporto, potestà non riconducibili al contenuto negoziale e che deve quindi escludersi in radice - o ritenersi assolutamente residuale - la possibilità che lo Stato goda di poteri di supremazia nelle

contrattazioni in cui agisce nell'ambito della sua capacità di diritto privato, ciò peraltro non è ostativo al fatto che allo Stato medesimo - o ad altro ente a questo assimilabile -, disciplinato nel suo agire da un compendio di norme che tengono nel dovuto conto le finalità primarie perseguite, siano opposte le posizioni giuridiche soggettive costituite dalla direttiva CEE 93/13 ancorché questi assuma, all'interno di un rapporto negoziate paritetico concluso con il privato, la veste di imprenditore-professionista.

Ed infatti, proprio sul presupposto dì tale base argomentativa i giudici comunitari hanno riconosciuto, nel caso Marshall, che la direttiva self-executing può essere applicata nei confronti dello Stato "indipendentemente dalla qualità nella quale questo agisce come datore di lavoro o come pubblica autorità", in tal modo rendendo palese che non è l'esistenza di poteri "speciali" nel rapporto in contestazione a consentire l'immediata efficacia della direttiva non trasposta, ma piuttosto la sussumibilità dell'ente - Stato o istituzione a questo assimilabile – nell' alveo di organismi finalizzati al perseguimento di interessi della collettività che per tale motivo sono regolati da "diritti speciali" e sottoposti - ove si tratti di enti assimilati - a penetranti controlli nell'esercizio delle loro attività.

Ed allora, sulla base ditali premesse, può quindi inferirsi che il requisito dei diritti speciali ed esclusivi richiesto per l'immediata efficacia della direttiva self-executing, riguardando la complessiva sfera di attribuzioni di cui gode l'ente assimilabile all'ente pubblico, è pienamente riscontrabile nel caso dell'ENEL spa già alla stregua del ricordato art. 14, comma 4° bis, l. n°359/92 - v. di recente

T.A.R. Lombardia sez. Milano 24 Giugno 1996 n. 848 che nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di tale ultima disposizione nella parte in cui conserva le attribuzioni in materia espropriativa agli enti pubblici trasformati in S.p.A., ha ribadito che l'interesse generale possa essere perseguito da enti privati che perseguono un interesse pubblico –.

Alla stregua delle superiori argomentazioni, vieppiù suffragate dal Decreto Presidente del Consiglio dei Ministri del 18 Settembre 1995 (in G.U. 23 Settembre 1995 n. 223), concernente la bozza generale di riferimento della "carta dei servizi del settore elettrico" ove la massima autorità governativa nazionale ritenne di operare un espresso riferimento, già prima dell'attuazione interna della direttiva in argomento, ai "diritti degli utenti del servizio di fornitura di energia elettrica in bassa tensione per usi civili, ciò per gli usi definiti nella direttiva 93/13 relativa alle clausole nei contratti stipulati con i consumatori), - con ciò palesando in modo incontrovertibile la consapevolezza che la direttiva anzidetta fosse già pienamente operativa anche nei confronti dell'ENEL, ritiene il Tribunale che gli artt. 1, 2, 3, 4 e 6, 1°comma, della direttiva siano direttamente applicabili alla società convenuta fin dall'epoca in cui lo Stato italiano non ha dato attuazione alla normativa comunitaria 1 gennaio 1995 –.

Non è a tal punto superfluo rammentare che l'immediata efficacia della direttiva CEE 93/13 esime il Tribunale dall'esaminare la questione della applicabilità della legge 6 Febbraio 1996 n° 52 di attuazione della direttiva 93/13 CEE, entrata in vigore medio tempore, ai contratti stipulati successivamente al 31 Dicembre 1994 e non

ancora esauriti - questione che andrebbe risolta in senso positivo sulla scorta del principio che la legge nuova può essere applicata ai fatti ed alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore quando essi, ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, debbono essere presi in considerazione per se stessi, prescindendosi dal collegamento con il fatto che li ha generati, in modo che resti escluso che attraverso tale applicazione sia modificata la disciplina giuridica del fatto generatore - ma al contempo non elude nè l'efficacia immediatamente precettiva della direttiva di cui si è detto nè il carattere sovraordinato della fonte comunitaria anche al fine di una corretta interpretazione della norma interna, avendo anzi il pregio di qualificare in termini giuridici, attraverso il richiamo alla figura dell'inefficacia nei confronti del solo consumatore rilevabile anche d'ufficio, l'effetto connesso alla vessatorietà delle clausole abusive - art. 1469 quinquies, 1° e 3° comma c.c..

È necessario allora passare all'esame delle clausole contenute nelle condizioni generali e particolari del contratto di somministrazione di energia elettrica di cui è parte l'odierno attore, avendo quest'ultimo contestato l'abusività - peraltro rilevabile d ufficio - di tutte la pattuizioni contenute nel modulo predisposto dall'ENEL e non solo di quelle approvate specificamente per iscritto in base all'art. 1341, 2°comma, c.c. - vedasi, a tal proposito pag. 6 della citazione e le conclusioni ivi specificate –.

Fatte le superiori premesse occorre accertare se il contratto di somministrazione di energia elettrica stipulato dall'attore con l'ENEL rientri fra quelli per i quali la direttiva CEE 93/13 prima e la legge di

attuazione n. 52/96 prevede un controllo di vessatorietà.
Ciò posto, rileva il tribunale che nel caso di specie ricorrono le condizioni oggettive (art 1469 bis, l° comma, c.c.) e soggettive (art. 1469 bis, 2°comma, c.c.) richieste per l'operatività della direttiva CEE 93/1 3 e del la legge di attuazione n.52/96, bastando all'uopo evidenziare che il Romano, ancorché segretario nazionale di una nota associazione di consumatori, ha agito nella conclusione del contratto come singolo che intende fruire dell'energia elettrica per un alloggio privato (e quindi per uso domestico) - v. doc. n. 1 in prod. attore -, non spendendo in alcun modo la qualità di legale rappresentante dell'associazione anzidetta nè agendo per "fini" o "scopi" diversi e che l'ENEL, esercente in forma esclusiva l'attività di distribuzione dell' energia elettrica, ha agito nel quadro della sua attività pubblica imprenditoriale.
Non può allora porsi in dubbio che l'attore abbia rivestito nel rapporto la qualità di consumatore nel senso che a tale dizione attribuiscono l'art.2 lett. b) della direttiva e l'art. 1469 bis 2°comma c.c. - norma quest'ultima che nell'escludere i contratti stipulati dalla persona che agisce per scopi estranei oltre che all'attività professionale anche a quella imprenditoriale ha inteso chiarire la portata del precetto comunitario a livello interno - e che l'ENEL abbia stipulato il contratto in qualità di professionista, perseguendo nell'espletamento del servizio l'interesse ad una gestione economica della propria attività.
Quanto alla natura del rapporto in oggetto, è sufficiente evidenziare che il contratto di somministrazione di energia elettrica rientra, per comune opinione, nell'ambito dei "contratti di

utenza" riferendosi tale accezione, secondo la definizione proposta da autorevole dottrina, a quelle situazioni in cui a fronte dell'erogazione di cose o servizi un ente pubblico o una società privata costituita da enti pubblici o a prevalente capitale pubblico o concessionaria di un servizio pubblico opera sul mercato, in regime di monopolio o di concorrenza, ed offre in generale al pubblico dei consumatori cose o servizi che sono da intendersi essenziali per la vita umana.

Orbene, è opinione comune che siffatti contratti, nell'ambito dei quali il somministrante non esercita, generalmente, alcun potere di supremazia - salvo quanto già si è avuto modo di osservare proprio a proposito del potere di attivare la modifica della tariffa riconosciuto all'ENEL -, sono regolamentati dalla disciplina civilistica e soggiacciono alla disciplina della direttiva CEE 93/13.

Tale affermazione di principio deve essere peraltro coniugata con la considerazione, anch'essa avente portata generale, che proprio la diffusione capillare del sistema di distribuzione dell'energia elettrica, il numero elevato di contratti di utenza e il regime di monopolio in cui agisce il somministrante, dal quale deriva l'obbligo del gestore di contrattare con chiunque faccia richiesta del servizio, impongono che il vaglio di vessatorietà delle clausole che l'interprete è chiamato a compiere venga necessariamente ed opportunamente correlato alla peculiare natura del rapporto, all'oggetto della prestazione ed alla compresenza di esigenze pubbliche e private che, nel rapporto, devono necessariamente trovare un equo bilanciamento.

Da ciò consegue, come logico corollario di quanto si è andato affermando, che il controllo di

vessatorietà deve tendere a contemperare i principi - già vigenti nell'ordinamento interno - di eguaglianza ed equità propri dei contratti conclusi con il monopolista di un servizio pubblico con quelli, altrettanto imprescindibili connessi alla gestione imprenditoriale di un servizio indirizzato a diversi milioni di utenti.

Non è infine superfluo aggiungere che, diversamente da quanto opinato seppure in termini dubitativi dall'attore nell'atto introduttivo - v. pag. 7 atto di citazione -, la disciplina delle condizioni particolari e generali del contratto di somministrazione di energia elettrica non trae origine da norme regolamentari come invece avviene in altri settori dei pubblici servizi - fra i quali ò sufficiente rammentare quelli telefonici, postali, ferroviari ed idrici - ma piuttosto, salve le precisazioni che di seguito si faranno a proposito del prezzo dell'energia, da una regolamentazione autonoma dell'ente erogatore sicché nemmeno può porsi la questione, ancora dibattuta, della sottoponibilità al vaglio di vessatorietà delle clausole che riproducono “regolamenti imperativi" secondo la dizione contenuta nell'art. 7 della direttiva comunitaria non riproposta in sede di attuazione nell'art 1469 ter, 3°comma, c.c.

Fatte le superiori precisazioni, non resta che passare all'esame delle clausole che l'attore assume essere abusive con la sola precisazione che i moduli impiegati dall'ENEL per la stipula dei contratti di somministrazione di energia elettrica distinguono le "condizioni particolari", variabili in relazione alla tipologia dell'utente che ne è parte, nelle quali si regolamentano prevalentemente le caratteristiche della fornitura, dalle "condizioni generali" che, valevoli per tutte le categorie di

utenti, attengono alla predeterminazione del contenuto del rapporto.
Peraltro, la distinzione terminologica utilizzata dal predisponente non incide sulla natura delle pattuizioni contenute nelle condizioni particolari e in quelle generali, potendo con certezza affermarsi che tutte le clausole ivi contenute sono funzionali ad una disciplina uniforme dei rapporti di somministrazione a cui non partecipa l'utente e come tali vanno sottoposte nella loro integralità al vaglio di abusività.
Ne tale controllo giudiziale può i ritenersi superfluo in relazione al controllo amministrativo operato dall'Autorità per l'energia elettrica - di cui già si è dato conto - anche sul contenuto delle condizioni generali, sullo svolgimento del rapporto, sul rispetto di soglie minime di qualità del servizio, muovendosi lo stesso in un ottica diversa da quella imposta dalla direttiva ove viene data prevalenza, seppur con i bilanciamenti del caso, alla posizione del consumatore.
Occorre dunque partire dall'analisi della clausola n.2 delle condizioni particolari, contenendo le clausole nn. 1, 3, 4, 5 e 7 l'individuazione di aspetti tecnici della fornitura che non assumono rilievo alcuno ai fini del giudizio.
Clausola 2 "Decorrenza: dalla data di allacciamento. Scadenza: dal termine del mese/anno indicati al punto c). Proroga annuale salvo disdetta con raccomandata un mese prima di ogni scadenza".
La pattuizione, per quel che interessa, specifica che il contratto va a scadere al termine del mese ed anno indicati al punto (c) - nella specie Gennaio 1996 - e che la proroga tacita deve intendersi annuale salvo disdetta

con raccomandata da inviare un mese prima di ogni scadenza.
Ora, premesso che non può applicarsi in parte qua il divieto di rinnovo tacito dei contratti e la connessa nullità dei contratti stipulati in violazione del principio introdotti dall'art.6 della legge 24 Dicembre 1993 n. 537 - poi modificato dall'art.44 della legge n. 724/1994 - poiché tale disposizione si riferisce espressamente e tassativamente alle amministrazioni pubbliche individuate alla stregua dell'art.1, comma 2 d.lgs.3 Febbraio 1993 n. 29, è necessario accertare se la pattuizione anzidetta integri il contenuto della lettera h) dell'elenco annesso alla direttiva - prorogare automaticamente un contratto di durata determinata in assenza di manifestazione contraria del consumatore qualora sia stata fissata una data eccessivamente lontana dalla scadenza del contratto quale data limite per esprimere la volontà del consumatore di non prorogare il contratto - e la previsione dell'art. 1469 bis, 3°comma, n°9 -.
Giova premettere che la finalità della norma posta a tutela del consumatore è quella di impedire che quest'ultimo decada dal potere di disdetta prima ancora di avere ponderato l'opportunità di prorogare il rapporto, di guisa che si presume abusiva quella clausola in cui il termine previsto per la comunicazione della disdetta risulti eccessivamente anticipato rispetto alla naturale scadenza.
Orbene, nel caso di specie la clausola negoziale, riconducendo il potere di disdetta al termine di trenta giorni anteriori alla scadenza appare congruo anche in relazione all'oggetto del rapporto ed alla natura della prestazione offerta dal gestore sicché deve escludersi che tale patto realizzi un

significativo squilibrio negoziale in danno del consumatore, ove anche si ponga mente alla circostanza che la disciplina civilistica del contratto di somministrazione a tempo indeterminato - a cui è equiparabile la somministrazione a termine con proroga automatica - nel prevedere che ciascuna delle parti possa recedere dal contratto dando preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o, in mancanza in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione (art. 1569 c.c.), consente di ritenere che lo spatium deliberandi concesso all'utente sia ragionevole.

Va solo aggiunto che la clausola anzidetta, non specificando che gli effetti della comunicazione si producano all'atto della ricezione della disdetta, non accolla all'utente il rischio connesso ad eventi allo stesso non imputabili connessi al tempo trascorso dalla emissione della disdetta e che anche sotto tale profilo la stessa deve considerarsi non pregiudizievole delle ragioni del consumatore.

Clausola 6 "Tariffa". "La tariffa applicata e il sovrapprezzo a favore della Cassa conguaglio per il settore elettrico sono quelli previsti dai Provvedimenti CIP vigenti *pro-tempore*. La quota fissa mensile è dovuta per tutta la durata del contratto indipendentemente dal prelievo di energia. I corrispettivi tariffari sono al netto degli oneri e vari a carico dell'utente".

Ritiene il Collegio che l'eterointegrazione ex lege (art.1339 c.c.) del rapporto operata attraverso il richiamo alla determinazione della tariffa da parte di un'autorità amministrativa terza rispetto alle parti - in atto Autorità per l'energia elettrica ex art. 3 l. n° 481/95 - se per un verso impedisce di sottoporre la clausola ad un giudizio di squilibrio negoziale secondo la direttiva CEE 93/13 - peraltro

escluso in via generale dall'art.4 della direttiva secondo il quale «la valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte nè sulla definizione dell'oggetto principale del contratto nè sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio» - dall'altro non preclude all'utente la possibilità di esperire i rimedi giurisdizionali rispetto al provvedimento di determinazione illegittimo o in contrasto con i principi di equità sottostanti alla gestione di un servizio pubblico in monopolio - cfr. artt. 2, comma 12, lett. e), 3, comma 3° e art. 2, comma 25, l. n°481/1995; vedasi pure Cass. 29 Novembre 1978 n. 5613 secondo cui la possibilità per il giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo di determinazione di una tariffa di un servizio pubblico è limitata alle ipotesi in cui si affermi l'inesistenza dei presupposti essenziali per l' esercizio del potere -.

Quanto alla seconda te della clausola, relativa ai corrispettivi per l'impegno di potenza, l'esame deve essere compiuto allorché si parlerà della clausola n. 11 delle condizioni generali di contratto.

Clausola n. 1 Cond. Generali. "La fornitura è subordinata: all'ottenimento a cura dell'utente dal proprietario dell'immobile ove si effettuerà la fornitura, dei consensi all'esecuzione e al mantenimento degli impianti occorrenti che restano di proprietà dell'ENEL S.p.A. e potranno utilizzarsi anche per terzi. nonché, se necessario dell'uso di idoneo locale - cabina da utilizzare anche per forniture fuori dall'immobile: queste, se prevalenti. daranno luogo ad equo compenso per l'uso del locale; al versamento di quanto dovuto per contributo di allacciamento; all'ottenimento ed alla

permanenza delle autorizzazioni e servitù necessarie".

Il contenuto negoziale di siffatta disposizione, oltre a non eccellere per chiarezza, crea un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi dei contraenti nella parte in cui consente indiscriminatamente all' ENEL di usufruire, anche per l'approvvigionamento di terzi estranei al rapporto, di locali e proprietà fondiarie dell' utente concedendo a quest'ultimo, ma solo se le forniture fuori dell'immobile sono prevalenti, il diritto ad un equo compenso.

Giova sul punto ricordare che tale patto traeva in parte giustificazione dal provvedimento CIP n. 42 del 1986 contenente le "Norme in materia di contributi di allacciamento alle reti di distribuzione di energia elettrica" che al n. 2 del titolo I disponeva fra l'altro che "la domanda di allacciamento per nuovi insediamenti deve contenere l'impegno a rendere disponibili locali o porzioni di terreno adeguati alla realizzazione delle cabine di trasformazione eventualmente occorrenti e che in tale evenienza l'impresa fornitrice era tenuta a corrispondere al proprietario un compenso commisurato al valore di mercato dei locali o dei terreni.

Ora, non può dubitarsi che la pattuizione in oggetto, oltre a discostarsi in maniera evidente dalla previsione del Comitato Interministeriale Prezzi che riconnetteva all'uso tout court degli immobili dell'utente - e non alla prevalenza dell'utilizzo per forniture fuori dall'immobile - un compenso pari al valore di mercato dei cespiti - e non un equo compenso - determina comunque un' ingiustificata compressione della posizione del consumatore che per utilizzare l'energia elettrica si vede costretto a subire l'occupazione di un proprio

cespite sulla base di una valutazione unilaterale e discrezionale dell'ente erogatore - "se necessario" - dalla quale pure dipende il riconoscimento di un "equo compenso" non agganciato al valore d'uso del bene e subordinato all'utilizzazione prevalente di altre forniture anch' essa dipendente da scelte unilaterali dell'ente erogatore.

Tale pattuizione, conclusivamente, determina un ingiustificato svantaggio a carico del consumatore e risulta per l'effetto vessatoria non solo in relazione all'art. 3 della direttiva 93/13 - e all' art. l469 bis, 1° comma, c.c. che lo ha trasposto nell'ordinamento interno - ma anche con riferimento alla lettera e) dell'allegato alla direttiva che presume l'abusività per quel patto che prevede un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione delle prestazioni del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà - poi trasposta fedelmente dall'art. 1469 bis, 3°comma, n°4 c.c. -.

La clausola anzidetta va dunque dichiarata inefficace nella parte in cui prevede il riconoscimento di un equo compenso per l'utilizzazione di locale cabile all'interno di beni di proprietà dell'utente solo nell'ipotesi di uso prevalente per forniture fuori dall' immobile.

Clausola n 2. "L'utente versa un anticipo sul consumo commisurato all'entità della fornitura e periodicità di fatturazione, con conguaglio finale."

La clausola suddetta, prevedendo il versamento anticipato di un importo in denaro da parte dell'utente, non crea uno sbilanciamento del contratto in danno dell'utente, ove si consideri che il detto importo è soggetto a conguaglio finale e non è

dunque destinato ad essere acquisito comunque dell'ente erogatore nell'ipotesi in cui i consumi non siano conformi a quelli presunti, giustificandosi piuttosto in relazione alla periodicità della somministrazione ed ai tempi tecnici necessari per la rilevazione e fatturazione dei consumi. Non può dunque profilarsi la riconducibilità della clausola alla lettera d) dell'elenco - e all'art. 1469 bis, 3°comma, n°5 c.c. - che presume l'abusività del patto teso a permettere al professionista di trattenere le somme versate dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o ne recede, ove si consideri che dal contenuto letterale della clausola in ola non è dato nemmeno inferire che la stessa consenta all'ente erogatore di trattenere le somme versate quale corrispettivo per le sue prestazioni non ancora fornite nell'ipotesi in cui lo stesso rescinda il rapporto.

Clausola n. 3. "Le fatture saranno pagate alla presentazione o con le modalità in esse indicate, nei 5 giorni successivi; quelle inviate per posta o altro mezzo, entro 8 giorni dalla data di spedizione. Decorsi tali termini l'ENEL S.p.A. ferma la facoltà di sospendere la fornitura e risolvere il contratto, potrà addebitare gli interessi di mora del 7,5 annuo più eventuali aumenti del tasso ufficiale di sconto in vigore al 14-8-1969 oltre le maggiori spese. L'ENEL S.p.A. può modificare in ogni momento la periodicità di fatturazione, i termini o le modalità di pagamento ed emettere fatture d'acconto. Eventuali reclami dell'Utente non esimono dall'obbligo del pagamento".

La prima parte della norma negoziale indica i tempi, rispettivamente di cinque e di otto giorni a seconda delle modalità di invio, entro i quali l'utente deve onorare il pagamento delle fatture indicando come decorrenza per quelle inviate "per posta o altro mezzo" la data di spedizione. Al ritardo nel pagamento viene poi riconnessa la facoltà dell'ENEL di addebitare gli interessi di mora, maggiorati degli aumenti del tasso ufficiale di sconto in vigore al 14 Agosto 1969 e delle maggiori spese.

E' quindi necessario acclarare con priorità se la previsione negoziale che riconduce al mancato rispetto dei tempi nel pagamento della fattura le gravi conseguenze derivanti dal ritardo - sospensione, risoluzione e addebito di somme - sia vessatoria.

Ritiene il Collegio che la previsione di un brevissimo termine di adempimento correlato alla spedizione della fattura o all'inoltro con altro mezzo - che nemmeno consentirebbe di accertare l'epoca dell'invio - e non alla materiale ricezione della stessa aggrava in modo ingiustificabile la posizione contrattuale dell'utente, al quale per un ritardo che può a ragione ritenersi non patologico viene pure accollato il rischio dell'intempestività nella consegna della fattura addebitabile alla condotta di un terzo estraneo alla sfera di influenza dello stesso - id est al servizio di distribuzione adibito dall'ente erogatore o comunque all'incaricato della distribuzione della posta -.

E poiché la previsione negoziale omette peraltro di valutare qualsiasi controllo in ordine alla gravità dell'inadempimento conseguente al ritardo la stessa, integrando un grave pregiudizio ai diritti del consumatore, va considerata senz'altro abusiva.

Quanto al patto relativo agli addebiti in caso di ritardo, giova ricordare che se è vero, come già ricordato, che la direttiva comunitaria guarda all'assetto normativo del regolamento contrattuale e non all'equilibrio economico fra le prestazioni principali del contratto non è men vero che la stessa prende invece posizione in ordine allo squilibrio economico che potrebbe derivare al consumatore da una serie di condizioni disciplinanti gli aspetti secondati delle obbligazioni, connessi a spese, clausole penali ed oneri posti a carico della parte debole del rapporto.
Ed in tale ottica deve essere acclarato se detto patto sia vessatorio alla stregua della lettera e) dell'elenco annesso alla direttiva che presume la vessatorietà delle clausole che impongono al consumatore che non adempie ai propri obblighi un indennizzo per un importo sproporzionatamente elevato o "manifestamente eccessivo", secondo l'accezione prescelta dal legislatore nazionale nell'art. 1469 bis, 3°comma, n° 6 c.c.
Ora, la determinazione di un saggio di interessi convenzionali appena superiore a quello vigente - pari al 5 per cento dopo la recente modifica all'art.1284 cc. - a cui deve aggiungersi un ulteriore importo correlato alle variazioni in aumento del tasso ufficiale di sconto vigente il 14 Agosto 1969 - pari a quell'epoca al 4 per cento secondo l'art.2 del d.m. 14 Agosto 1969 in G.U. 14 Agosto 1969 n°208 - contiene una liquidazione convenzionale del danno per il ritardo nel pagamento del debito dell'utente in parte determinata ed in parte determinabile per relationem che va sussunta nella figura della clausola penale ma che tuttavia non appare tale da mettere a repentaglio l'equilibrio negoziale in danno dell'utente, riconnettendo

all'inadempimento del debitore una onere economico che può ritenersi "giusto" in relazione alla natura imprenditoriale dell'attività svolta dal somministrante, ove pure si consideri che il tasso ufficiale di sconto attuale ammonta al 5,50 per cento secondo l'ultima determinazione disposta dal Governatore della Banca d'Italia il 24 Dicembre 1997.

Ritiene però il Collegio che la pattuizione che consente all'ENEL S.p.A. di addebitare all'utente, oltre alla quantificazione convenzionale del risarcimento di cui si è detto, anche le maggiori spese determina, in relazione all'ambiguità della sua formulazione, un irragionevole squilibrio negoziale in danno dell'attore, autorizzando il somministrante ad una determinazione unilaterale delle conseguenze dell'inadempimento collegata a parametri in alcun modo valutabili e verificabili dal Romano.

Mette infatti conto rilevare che la direttiva comunitaria e la legge che l'ha trasposta nell'ordinamento interno, muovendo dal presupposto che la mancanza di trasparenza impedisce la corretta formazione dell'accordo, hanno non soltanto univocamente ribadito l'obbligo del predisponente di formulare le clausole in modo chiaro e comprensibile - cfr. art. 4, 1°comma, dir. CEE 93/13 e art. 1469, 1°comma, quater c.c. - ma anche ricondotto le clausole non chiare ad un vaglio di vessatorietà all'interno del quale l'interprete è chiamato ad accertare nella fattispecie concreta l'esistenza di un significativo squilibrio del contratto in danno del consumatore -qui utente - e la contrarietà del patto ai canoni di buona fede obiettiva.

Ne consegue che detta pattuizione, ponendosi in contrasto con l'art.3 comma 1 della direttiva 93/13 CEE e con l'art.1469 bis, 1° comma c.c. deve ritenersi inefficace.

Va poi affermata la vessatorietà della clausola che consente all'ente erogatore di modificare la periodicità di fatturazione, i termini e le modalità di pagamento e di emettere fatture d'acconto poiché la stessa autorizza il professionista a modificare unilateralmente, senza valido motivo, le condizioni del contratto - lett. j) dell'allegato alla direttiva CEE 93/13 e art. 1469 bis, 3°comma, n°11 cc.-.

In proposito, mette conto rilevare che la normativa comunitaria e quella di recepimento hanno inteso ridurre al minimo il ius variandi che il professionista era solito garantirsi nell'ambito delle contrattazioni di massa e che si poneva in sostanziale antitesi rispetto al principio consensualistico del negozio anche nell'ambito delle stipulazioni in cui le parti avevano concordato fin dall'inizio talune facoltà di modifica in favore di uno dei contraenti, presumendo la vessatorietà ove tale facoltà non presupponesse l'esistenza di "giustificati e/o validi motivi".

Ora, ritiene il Collegio che al di là della natura elastica dell'espressione di cui si è detto e delle difficoltà che il giudice può incontrare nell'applicazione pratica di tale principio alla fattispecie concreta posta al suo vaglio, non può revocarsi in dubbio che la tipizzazione, all'interno del contratto come si cura di specificare la direttiva comunitaria, delle circostanze concrete che abilitano la parte predisponente all'esercizio di modifiche unilaterali appare preliminare per consentire all'interpretare di compiere il vaglio di cui si è detto.

Da ciò non può che conseguire che la previsione di una modifica unilaterale del contenuto negoziale non suffragata dalla previsione di un giustificato motivo fa presumere l'abusività della pattuizione e conseguentemente il significativo squilibrio in danno del consumatore quando dal complessivo tenore dei patti non sia altrimenti possibile individuare le ragioni giustificatrici del potere riconosciuto al professionista.

Fatte le superiori premesse, appare quindi evidente l'abusività della previsione negoziale di cui si discute, volta che la stessa consente all'ente erogatore di modificare a proprio arbitrio le modalità di esecuzione della controprestazione cui è tenuto l'utente e soprattutto i termini di pagamento, già significativamente ridotti secondo quanto disposto dalla stessa clausola, senza che tale potere appaia in alcun modo giustificabile in relazione alla natura del rapporto che invece richiederebbe una particolare attenzione alle ragioni dell'utente, non potendo nemmeno condividersi l'assunto dell'ente convenuto, seguendo il quale si dovrebbe pervenire alla conclusione, invero paradossale, che la natura portable dell'obbligazione dell'utente consentirebbe al creditore di modificare a suo arbitrio le modalità di pagamento.

Quanto al patto che impone all'utente l'obbligo del pagamento dell'energia anche in ipotesi di inoltro di reclami - c.d. clausola solve et repete - lo stesso impone all'utente di adempiere ai propri obblighi anche in caso di eventuale mancato adempimento degli obblighi incombenti sul professionista impedendogli di opporre l'eccezione di inadempimento.

Tale clausola, limitando la facoltà di sollevare l'eccezione dì inadempimento pur astrattamente legittima alla stregua dell'art. 1462, ult. comma, c.c., determina però uno squilibrio negoziale in danno dell'utente che, costretto ad adempiere comunque le proprie obbligazioni, dovrebbe poi attendere gli esiti - e sopportare i costi - dell'azione di ripetizione per ottenere la restituzione di quanto non dovuto in relazione al contegno inadempiente dell'ente erogatore.

E poiché tale squilibrio è stato tipizzato dalla lettera o) dell'allegato alla direttiva comunitaria e dall'art. 1469 bis, 3°comma, n°16 c.c. anche tale clausola, come le precedenti, deve considerarsi inefficace nei confronti dell'attore.

Clausola n. 4. "L 'ENEL S.p.A. potrà cedere il contratto ad altra impresa"

Come è noto la lettera p) della direttiva 93/13 e poi l'art. 1469 bis, 3°comma, n°17 c.c. presumono la vessatorietà delle clausole che consentano al professionista di sostituire a se un terzo nei rapporti derivanti dal contratto qualora, secondo il tenore letterale della direttiva, ne possano risultare inficiate le garanzie per il consumatore o - secondo l'art. 1469 bis, 3°comma, n° 17 c.c. - risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo.

Una volta chiarito che non è utile qui affrontare le questioni connesse alla almeno apparente non coincidenza della clausola abusiva specificata dal legislatore comunitario con quella indicata in ambito interno dalla legge di attuazione, va invece evidenziato che con la tutela sul punto approntata dalla direttiva comunitaria si è inteso preservare il consumatore dai possibili rischi, in termini di diminuzione di garanzie, che potrebbe causare la sostituzione del professionista nel rapporto

contrattuale con un soggetto non determinato né determinabile.
Ora, se non può dubitarsi che la facoltà che si è riservata l'ENEL attiene appunto alla cessione del rapporto nei confronti di un soggetto sconosciuto all'utente all'atto della conclusione del rapporto ed una volta chiarito che ai fini che qui importano l'individuazione del momento in cui può farsi valere la vessatorietà della clausola deve necessariamente coincidere con il momento anteriore a quello della possibile cessione, va premesso che il contratto di somministrazione di energia elettrica non può certo annoverarsi fra quelli intuitu personae per i quali le qualità personali dei contraenti sono esse stesse determinanti del consenso.
E se è pur vero che l'utente potrebbe astrattamente temere che il soggetto subentrante non sia in grado di fornire la prestazione secondo uno standard qualitativo accettabile, come postula l'attore, non è men vero che allo stato attuale della legislazione l'ENEL S.p.A. può stipulare concessioni per l'esercizio della distribuzione di energia elettrica con le imprese elettriche degli enti locali che ne hanno fatto richiesta - art. 21 l. 9 Gennaio 1991 n. 9 e art. 2 comma 4° d.m. 10 Aprile 1992 contenente la convenzione quadro per il rilascio delle concessioni alle imprese degli enti locali, in G.U.22 Aprile 1992 n° 94 o con altre società da essa interamente partecipate o partecipate ad altra impresa concessionaria - art.12 conv. stipulata con il Min. dell'Industria, già cit.-.
È comunque indiscutibile che in entrambe le ipotesi le convenzioni accessive stipulate dall'ENEL, regolate sulla base della convenzione-quadro approvata con d.m. 10 Aprile 1992 (in G.U. 22 Aprile 1992 n° 94) sono soggette all'assenso del

Ministero dell'Industria, del Commercio e dell' Artigianato - cfr. artt. 2 l. n° 9/91 e art. 12 conv. cit.- e prevedono espressamente l'obbligo dell'impresa - chiamata a concorrere al conseguimento dei fini di utilità generale sanciti dall'art.1 comma 3 l. n° 1643/1962 secondo quanto previsto dall'art.1 del d. m. citato - di applicare alla propria utenza le tariffe, le condizioni di fornitura ed i contributi di allacciamento previsti dalla convenzione stipulata fra l'ENEL e il Ministero dell'industria - art 12 conv. cit. - nonché i provvedimenti e le direttive degli organi preposti alla politica tariffarie del settore elettrico - v. art.9 d.m. 10 Aprile 1992 cit.-.

Sulla base di tali considerazioni ed avuto anche riguardo al compendio di penetranti controlli che l'Autorità per l'energia elettrica può e deve esplicare sui soggetti esercenti il servizio nel settore elettrico - cfr. art. 3, comma 8, l. n. 481/1995 - va allora escluso il carattere vessatorio della clausola suddetta, non potendosi profilare veruna riduzione di tutela dei diritti del Romano dall'eventuale cessione del rapporto negoziale.

Clausole nn. 5 e 6. "L 'energia non può essere utilizzata con potenza superiore a quella contrattuale nei luoghi o per usi diversi da quelli convenuti né ceduta a terzi". "L'utente risponde della conservazione ed integrità degli apparecchi ENEL S.p.A. esistenti presso di lui.

Le clausole non pongono alcun problema di vessatorietà.

Clausola n. 7. "Gli impianti ed apparecchi dell'utente debbono rispondere alle norme del Comitato Elettrotecnico Italiano (CEI) ed il loro uso non deve provocare disturbi alla rete dell'ENEL S.p.A.

L'ENEL S.p.A. può modificare con preavviso di sei mesi le caratteristiche dell'energia restando a carico dell'utente la trasformazione dei suoi impianti ed apparecchi. L'ENEL S.p.A. senza assumere responsabilità potrà verificare impianti ed apparecchi dell'utente e sospenderà la fornitura in caso di irregolarità per un tempo occorrente alle modifiche. L'ENEL S.p.A. non risponde dei danni causati dall'energia a valle del punto di consegna".

La prima parte della clausola, individuando le caratteristiche degli impianti e degli apparecchi dell'utente attraverso il riferimento espresso alle norme tecniche adottate dal Comitato Elettrotecnico Italiano che gli artt. 1 e 2 della legge 1 Marzo 1968 n.186 ritengono necessarie al fine di considerarli come costruiti a regola d'arte non contiene alcun profilo di vessatorietà.

Rileva poi il Tribunale che la facoltà, riservata all'ente erogatore, di modificare unilateralmente le caratteristiche dell'energia elettrica con preavviso di sei mesi, astrattamente sussumibile nell'ambito operativo della lettera k dell'elenco annesso alla direttiva e dell'art. 1469 bis, 3°comma, n.11 c.c., seppure in mancanza di una precisa tipizzazione delle ragioni che consentano un simile potere all'interno del contratto, appare giustificata in relazione all'ambito in cui la stessa si muove, concernente scelte di politica energetica che l'ente erogatore non può certo adottare senza il preventivo assenso delle autorità preposte al controllo ed alla vigilanza in materia.

Sicché nella comparazione fra ragioni pubblicistiche ed interesse privato deve in questo caso assumere prevalenza l'interesse pubblico perseguito dall'ente erogatore che pure giustifica la previsione secondo cui i costi per la trasformazione

degli impianti e apparecchi dell'utente connessi alla modifica dell'energia rimangano a carico dello stesso.

Per contro, il successivo patto che autorizza l'ENEL a verificare gli impianti ed apparecchi dell'utente ed a sospendere la fornitura in caso di irregolarità senza assumere responsabilità realizza un ingiusto squilibrio del rapporto in danno del consumatore laddove viene esclusa ogni responsabilità dell'ENEL nell'attività di verifica, integrando tale previsione negoziale la clausola di cui alla lettera a) dell'elenco della direttiva comunitaria 93/13 recepita dall'art. 1469 bis, 3°comma, n. 1 c.c., avente ad oggetto l'esclusione o la limitazione della responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona risultante da un fatto od omissione del professionista.

Non può infatti revocarsi in dubbio che nell'esecuzione dell'attività verificatoria l'ENEL non potrebbe andare esente dalla responsabilità connessa alla sua attività ovvero alle cause, allo stesso imputabili, che hanno reso necessario il controllo sugli impianti dell'utente.

Analoghe considerazioni vanno svolte in relazione al patto che esclude la responsabilità dell'ENEL per i danni causati dall'energia a valle del punto di consegna, ove si consideri che tale patto, oltre a contrastare con quanto previsto dall'art. 12 del d.lgs. 24 maggio 1988 n. 224 che ha attuato nell'ordinamento nazionale la direttiva 374/75 CEE in tema di danni da prodotti difettosi – applicabile alle forniture di elettricità in forza del richiamo espresso contenuto nell'art. 2, comma 2° - determina, in base alla genericità della sua formulazione, un esonero di responsabilità dell'ente erogatore per i danni causati dalla elettricità

somministrata, ivi compresi quelli prodotti da sbalzi di tensione.
Non può dunque condividersi l'assunto della difesa dell'ENEL secondo il quale gli obblighi dell'ente erogatore si esauriscono con la consegna dell'energia e che i rischi legati agli impianti in uso o di pertinenza dell'utente dovrebbero gravare su quest'ultimo, solchè si consideri che tale assunto omette di considerare l'ipotesi, compresa nell'alveo di operatività del patto negoziale, in cui il pregiudizio sia riconducibile non alla sfera giuridica del fruitore del servizio ma piuttosto alla difettosità dell'energia somministrata.
Detta clausola deve allora ritenersi inefficace nei confronti dell'attore.
Clausola n. 8. "L'ENEL S.p.A. ha diritto di accesso ai propri impianti e apparecchi. Le spese per verifiche ai misuratori richieste dall'utente sono a suo carico se gli errori risultano compresi entro i limiti stabiliti dalle norme CEI. Diversamente fanno carico all'ENEL S.p.A. che ricostruirà i prelievi in base alla percentuale di errore effettivamente accertata, dal momento in cui l'irregolarità si è prodotta, se determinabile, o contrariamente, dal mese in cui è stata effettuata la verifica."
La clausola appare improntata ad un equo contemperamento delle esigenza delle parti contraenti, dal momento che il potere di ricostruzione dei prelievi in caso di cattivo funzionamento dei misuratori e di impossibilità di accertamento dell'epoca precisa del momento dell'irregolarità riconosciuto all'ENEL viene necessariamente correlato al mese antecedente alla verifica.
Clausola n.9 "L 'energia è fornita con continuità salvo patti speciali o casi di forza maggiore. L'ENEL

S.p.A. può interrompere la fornitura per manutenzione degli impianti o altre esigenze, arrecando, compatibilmente con le necessità di servizio, il minimo disturbo all'utenza. Le interruzioni o limitazioni di fornitura per cause accidentali, scioperi, ragioni di servizio, ordini delle Autorità e le variazioni di frequenza o tensione per cause accidentali non danno luogo a riduzione di corrispettivi, risarcimento danni e risoluzione di contratto.

Va premesso che la clausola in parola disciplina con priorità le conseguenze sul rapporto dell'interruzione della somministrazione di energia elettrica dipendenti da casi di forza maggiore escludendo ogni responsabilità dell'ente erogatore.

Ora, se è noto che con l'espressione "forza maggiore" si fa riferimento a quegli eventi imprevisti e imprevedibili che, sottraendosi a qualsiasi controllo umano, rendono inevitabile il verificarsi di un determinato fatto - nella specie l'inadempimento del somministrante - e che sotto tale profilo la clausola pattizia si sottrae ad ogni tipo di censura, diverse considerazioni devono operarsi in ordine al patto che consente all'ENEL di interrompere la fornitura per "altre esigenze" e che esclude in tal caso per l'utente il diritto alla risoluzione e al risarcimento dei danni anche quando le interruzioni e limitazione dipendano da "scioperi e ragioni di servizio".

Deve in proposito osservarsi che il potere - unilaterale - dell'ENEL di interrompere il servizio per compiere la manutenzione della rete o degli impianti appare compatibile con la tipologia del rapporto e con la necessità che l'ente erogatore predisponga, per la migliore gestione del servizio, un programma di interventi a cui il singolo utente

deve sottostare, peraltro con la garanzia di subire "il minimo disturbo", ove anche si consideri che il disservizio provocato al singolo utente trova ampia giustificazione nell'esigenza di scongiurare situazioni di pericolo di dimensioni potenzialmente illimitate.

Medesime considerazioni non possono però farsi in relazione alla facoltà di interruzione e sospensione per altre esigenze, ove si consideri che la genericità dell'espressione lascia in buona sostanza libero l'ente erogatore di interrompere il flusso di energia per qualunque ragione non determinata né determinabile, privando in tal modo l'utente del "bene energia" che in relazione alla natura monopolistica dell'ENEL il predetto non potrà ottenere diversamente e ponendosi in chiaro contrasto con il precetto di chiarezza e buona fede, deve ritenersi vessatoria in relazione al combinato disposto di cui agli artt. 1469 bis, 3°comma, n°11 c.c. lettere j) e k) dell'allegato alla direttiva, 1469 quater, 1°comma c.c..

Nè può disconoscersi la vessatorietà della clausola limitativa della responsabilità dell'ente erogatore e del diritto di risolvere il rapporto in presenza di un'interruzione dell'energia oltre che per altre esigenze anche in dipendenza di scioperi o ragioni di servizio.

Ed invero, tale pattuizione - in relazione all'ampia dizione letterale che la caratterizza - accollando sull'utente il pregiudizio dipendente da una condotta riferibile esclusivamente all'ente erogatore, tale dovendosi ritenere anche lo sciopero del personale dipendente dell'ente erogatore - cfr. Cass. 18 Ottobre 1994 n°8496 e Cass. 11 Giugno 1986 n°3858 - determina non soltanto una ingiusta limitazione, di responsabilità del

professionista in caso di morte o lesione personale dell'utente per un atto dipendente dal professionista - lettera a) dell'allegato alla direttiva comunitaria e art. 1469 bis, 3° comma, n°1 - ma anche un'indebita restrizione dei diritti dell'utente nei confronti del professionista in caso di inadempimento totale o adempimento difettoso da parte di quest'ultimo - lett. b) dell'allegato alla direttiva e art. 1469 bis, 3°comma, n°2 c.c.- non valendo ad escludere l'abusività nemmeno la circostanza che l'onere di provare che l'interruzione della erogazione dipende dalle cause di giustificazione anzidette incombe sul somministrante - così Cass. 9 Giugno 1997 n. 5144.

Clausola n. 10. "Gli oneri fiscali o di altra natura inerenti al contratto e alla fornitura a carico all'utente ".

Ritiene il Collegio che la pattuizione in oggetto addossa in modo ingiustificato all'utente un onere economico - id est oneri di altra natura - assolutamente ambiguo ed indeterminato all'atto della stipula del contratto di somministrazione, in spregio al precetto della buona fede obiettiva che impone fra l'altro a ciascuna parte di improntare la propria condotta alla lealtà e chiarezza nei confronti dell'altro contraente per salvaguardare, per quanto possibile, l'altrui sfera giuridica (art. 1469 quater, 1°comma, c.c.).

Ora l'indicazione generica ed imprecisa di un effetto negoziale posto dal predisponente - ENEL S.p.A. - a carico dell'utente da luogo, a giudizio del Collegio, ad un irragionevole squilibrio negoziale in danno del secondo sicché il relativo patto va considerato vessatorio alla stregua dell'art.3

comma 1 della direttiva 93/13 CEE e dell'art. 1469 bis, 1°comma, cc..

Clausola n.11. "L 'ENEL S.p.A. può: sospendere la fornitura per ogni inadempienza dell'utente, anche relativa a precedenti forniture cessate, addebitando le spese di sospensione e riattivazione, nonché i corrispettivi pattuiti; risolvere il contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c. con addebito immediato dei corrispettivi dovuti fino alla scadenza ed eventuali maggiori danni per violazione agli artt. 1, 2, 3, 5 e 6 delle condizioni generali o per prelievo fraudolento; sospendere l'esecuzione di tutti i contratti con l'utente o risolverli di diritto per violazioni all'art. 3 delle condizioni generali o per prelievo fraudolento.

Ritiene il Collegio che la prima pattuizione, che deve essere esaminata unitamente alla parte finale che consente all'ENEL di sospendere e risolvere tutti i contratti stipulati dall'utente per violazione dell'art.3 delle condizioni generali, limita in modo irragionevole il diritto dell'utente all'erogazione dell'energia elettrica, ove si consideri che la facoltà riconosciuta all'ente erogatore di sospendere la fornitura ha riguardo ad ogni inadempienza dello stesso anche dipendente da altre forniture anche cessate.

Vale in proposito rammentare che la disciplina normativa del contratto di somministrazione, facendo applicazione dell'istituto dell' *exceptio inadimpleti* contractus previsto dall'art. 1460 c.c., prevede la possibilità di sospensione della prestazione nell'ipotesi di inadempimento di lieve entità del soggetto titolare del diritto alla somministrazione sempre che il somministrante dia un congruo preavviso - art. 1565 c.c.

Ora, non può sottacersi che la clausola pattizia di cui si discute, riconoscendo all'ENEL la facoltà di sospendere la fornitura anche in dipendenza di inadempienze non solo lievi quali quelle connesse al mancato rispetto dei termini di pagamento delle fatture (art.3 condizioni generali di cui si è detto) ma anche connesse a diversi contratti - anche se cessati -, stipulati dall'utente per esigenze diverse da quelle a cui si riferisce il rapporto, oltre a discostarsi in maniera evidente dalla previsione codicistica, pone l'utilizzatore in una posizione di ingiustificata e intollerabile coazione, connessa al regime di esclusività in cui agisce l'ENEL, che appare contrastare con la previsione generale di vessatorietà di cui ai già citati artt. 3 1°comma dir. CEE 93/13 e 1469 bis, 1°comma, c.c..

Va poi considerato che tale pattuizione, come del resto la successiva, parrebbe individuare un nesso di collegamento fra tutti i contratti stipulati dall'utente dal quale deriverebbe la possibilità che le vicende di ciascun contratto si ripercuotono negativamente sugli altri in modo da consentire all'ENEL la sospensione dell'esecuzione o la risoluzione anche relativamente a rapporti nei quali l'utente non si fosse reso inadempiente.

Ma tale ricostruzione, ancorché condivisa dalla corte di legittimità in un inedito precedente - Cass. 29 Luglio 1995 n° 8353, Sagliocco/ENEL S.p.A. - nel quale è stato affermato che la pattuizione in oggetto tenderebbe a realizzare "una reductio ad unum di rapporti contrattuali formalmente distinti ma del tutto uniformi quanto ad oggetto, causa e contenuto "dando luogo ad un'ipotesi di "collegamento convenzionale assai intenso" non appare convincente né è comunque tale da elidere la vessatorietà del patto anzidetto.

Ed invero, è noto che il collegamento negoziale si configura come un meccanismo per il cui tramite le parti perseguono un risultato economico unitario attraverso una pluralità coordinata di contratti, ciascuno dei quali, pur conservando una causa autonoma, è finalizzato ad un regolamento unitario di interessi, sicchè le vicende che investono uno dei contratti, quali quelle relative all'invalidità, all'inefficacia o alla risoluzione, possono ripercuotersi sull'altro.

Ma perché possa configurarsi un collegamento di negozi è comunque necessario che ricorra oltre al nesso teleologico fra i contratti anche il comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il collegamento e il coordinamento di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, non essendo sufficiente che quel fine sia perseguito da una sola delle parti all'insaputa e senza la partecipazione dell'altra, per modo che occorre accertare se, oltre la finalità propria di ciascuno dei contratti contestualmente conclusi, sussista o meno un fine complessivo consistente in un assetto economico globale e inscindibile che le parti hanno voluto e che deve quindi essere rispettato in ossequio al loro potere di autonomia - così, Cass. 27 gennaio 1997, n. 827 Cass. 4 settembre 1996, n. 8070 e Cass. 10 giugno 1991 n. 6567 -.

Ora, non è chi non veda che la ratio ispiratrice del patto in oggetto, lungi dal costituire un effettivo nesso di interdipendenza fra le diverse stipulazioni, è quella di perseguire la finalità, a cui l'utente Romano non partecipa minimamente, di garantire all' ENEL l'afflusso di mezzi economici corrispondenti alla quantità di energia erogata e di tutelare comunque il patrimonio aziendale, fine che

rimane estraneo ai singoli rapporti e che è certamente inidoneo a prefigurare l'esistenza di un collegamento negoziale ed a giustificare che le vicende di un contratto si riverberino sugli altri conclusi dagli stessi soggetti.
Peraltro, anche a non voler condividere il superiore assunto, non può non evidenziarsi che la predisposizione unilaterale di un collegamento fra più negozi stipulati dall'utente per il perseguimento di interessi esteriorizzati all'atto della conclusione del contratto in cui viene chiarita la tipologia di utenza e l'utilizzo dell'energia - fra loro non necessariamente omologhi, realizza ex se un ingiusto squilibrio negoziale in danno dell'aderente proprio in relazione alla natura monopolistica del servizio prestato dal soggetto erogatore, addossando al primo un sacrificio incommensurabile ed ingiustificato - si pensi all'ipotesi in cui il Romano, rimasto inadempiente rispetto alle utenze asservite all'esercizio di un'attività professionale, subisca la sospensione e/o risoluzione del contratto di somministrazione relativo alla propria residenza, regolarmente adempiuto .
Deve quindi affermarsi la vessatorietà dei patti contenuti nella prima e nell'ultima proposizione della clausola n°11 e la conseguente inefficacia nei confronti dell'attore.
Del pari vessatorio, alla stregua di quanto superiormente affermato, deve considerarsi il patto che autorizza l'ENEL a sospendere l'esecuzione o risolvere di diritto tutti i contratti per violazioni all'articolo 3 delle condizioni generali, ove proprio si consideri che tale facoltà, correlata ad un inadempimento che viene ritenuto convenzionalmente significativo per un semplice

ritardo di pochi giorni nel pagamento delle fatture, contrasta in modo insanabile con i canoni di buona fede ed equità sottesi ai contratti di utenza, penalizzando in modo irragionevole la posizione dell'utente senza che a tale potere corrisponde veruna esigenza pubblica da preservare.

Analogo giudizio di abusività va fatto in ordine alla clausola che consente all'ENEL di risolvere il contratto con addebito immediato dei corrispettivi dovuti sino alla scadenza e degli eventuali maggiori danni per violazione degli artt. 1, 2, 3, 5 e 6 delle condizioni generali.

Tale patto, come del resto i precedenti contenuti nella stessa clausola, deve ritenersi vessatorio integrando il contenuto della clausola abusiva indicata nella lett. f) dell'elenco allegato alla direttiva 93/13 e all'art. 1469 bis, 3°comma, n° 7 c.c. ove si consideri che nel contratto non è prevista analoga facoltà di risolvere il rapporto in favore dell'utente.

Peraltro, dopo avere chiarito che in relazione alla natura essenziale del bene oggetto della somministrazione la previsione di reciprocità appare poco incline a tutelare in senso sostanziale la posizione dell'utente, occorre aggiungere che l'anzidetta clausola integra comunque un significativo squilibrio dei diritti del consumatore laddove riconnette la risoluzione del contratto all'inosservanza delle modalità di pagamento per le considerazioni già esposte a proposito della clausola 3 delle condizioni generali di contratto.

Non resiste nemmeno ad un vaglio di vessatorietà la pattuizione che consente all'ENEL di addebitare, all'atto della risoluzione, i corrispettivi dovuti sino alla scadenza ed "eventuali maggiori danni".

Giova ricordare, in proposito, che nel contratto di somministrazione di energia elettrica il cosiddetto impegno di potenza, che si concreta nell'obbligo del somministrante di mettere a disposizione dell'utente una determinata quantità di energia, configura una prestazione continuata, accessoria e strumentale a quella principale di somministrare l'energia cui corrisponde un corrispettivo fisso da pagarsi periodicamente, maturando coevamente al consumo dell'energia, tanto nel caso di rapporto a tempo indeterminato quanto nel caso di rapporto a tempo determinato con previsione di rinnovazione tacita.

Orbene, la previsione negoziale che consente all'ENEL di addebitare al momento della risoluzione "i corrispettivi sino alla scadenza del contratto" finisce con l'attribuire all'ente erogatore il potere di trattenere un quid in denaro pari all'ammontare dell'impegno di potenza dovuto dall'epoca della risoluzione e fino alla scadenza del contratto senza che la prestazione principale - somministrazione di energia - venga messa a disposizione dell'utente, con conseguente vessatorietà della pattuizione ex lett. f) dell'elenco allegato alla direttiva 93/13 e all'art. 1469 bis, 3°comma, n. 7 c.c..

Va poi soggiunto che analogo giudizio di vessatorietà deve formularsi per la clausola che autorizza l'ENEL, all'atto della risoluzione, ad addebitare eventuali maggiori spese.

Ed invero, la portata di tale pattuizione è talmente lata da determinare un notevole squilibrio dei diritti del consumatore - utente che, in esito al proprio inadempimento, oltre a subire la sospensione della fornitura e la risoluzione del contratto, è chiamato a sottostare al potere dell'ente erogatore che potrà direttamente

addebitargli, a suo arbitrio, quei maggiori danni, non determinabili al momento della conclusione del contratto né sulla base delle stesse previsioni negoziali, ritenuti unilateralmente dipendenti dal contegno inadempiente dell'utente medesimo.

Appare dunque chiaro che tale pattuizione evidenzia vieppiù l'inosservanza del predisponente dall'obbligo di improntare la propria condotta a principi di lealtà e correttezza ponendo l'utente, all'atto della conclusione del contratto, in una posizione di incertezza in ordine alle conseguenze del rapporto che dovrà comunque stipulare con quel gestore per potere usufruire dell'energia elettrica.

Dette disposizioni vanno conseguentemente dichiarate inefficaci nei confronti dell'attore.

Clausola n.12. "Il presente contratto viene sottoscritto dall'utente" che ne assume così tutte le obbligazioni relative; l'ENEL rimarrà obbligata dal momento in cui l'energia verrà messa a disposizione".

La clausola, nel prevedere un impegno definitivo del consumatore utente e nel subordinare l'esecuzione delle prestazioni del professionista - id est messa a disposizione dell'energia - ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dall'ENEL, deve ritenersi vessatoria alla stregua della lett. c) dell'elenco della direttiva 93/13 e recepita nell'art. 1469 bis, 3°comma, nn. 4 e 20 c.c., senza peraltro considerare che tale pattuizione, consentendo al somministrante la scelta ad libitum dei tempi per rendere vincolante il rapporto, finirebbe anche col riconoscere al medesimo la facoltà di recesso *ad nutum* da considerare vessatoria in relazione al disposto di cui al n. 7 dell'art.1469 bis, 3° comma, c.c..

Clausola n.13. "L'Utente elegge domicilio nel luogo della fornitura. Per le controversie è competente il Foro di Palermo per le forniture di energia ubicate nell'ambito territoriale delle province di Agrigento, Caltanissetta, Palermo, Trapani; il Foro di Catania per le forniture di energia ubicate nell'ambito territoriale delle province di Catania, Enna, Messina, Ragusa, Siracusa".

La clausola oltre a stabilire come sede del foro competente una località, coincidente nella specie con quella ove si trova il compartimento ENEL, diversa da quella di residenza e domicilio effettivo dell'utente-attore, che ad onta di quanto postulato dall'ente convenuto non risulta risiedere in Palermo -v. sul punto cond. particolari di contratto -, impone altresì a quest'ultimo l'elezione del domicilio presso il luogo della fornitura.

Appare quindi provata la vessatorietà di tale patto sulla base di quanto previsto non soltanto dal n. 19 dell'art. 1469 bis, c.c. e dalla lettera q) dell'elenco annesso alla direttiva 93/13 CEE ma anche del generale principio contenuto dall'art. 1469 bis, 1° comma c.c., ove si consideri che detto patto, addossando in modo irragionevole sull'attore i notevoli costi per la tutela giurisdizione in sede diversa da quelle di residenza e domicilio, incide sottilmente, comprimendola, sulla scelta dell'utente di tutelare giudizialmente i propri diritti senza che tale situazione possa in alcun modo giustificarsi in relazione alla natura del rapporto ed alla pluralità dei contratti di somministrazione intrattenuti dall'ente erogatore.

Sulla scorta delle superiori considerazioni, vanno quindi dichiarate inefficaci nei confronti dell'attore le seguenti clausole contenute nelle condizioni generali di contratto:

- n.1 nella parte in cui in cui prevede il riconoscimento di un equo compenso per l'utilizzazione di locale cabile all'interno di beni di proprietà dell'utente solo nell'ipotesi di uso prevalente per forniture fuori dall'immobile;
- n.3 nella parte in cui: a) individua i termini di adempimento per l'utente; b) addebita al suddetto in caso di ritardo il pagamento delle maggiori spese; c) esclude che eventuali reclami dell'utente possano esimere dall'obbligo del pagamento;
- n.7 nella parte in cui: a) autorizza l'ENEL a verificare gli impianti ed apparecchi dell'utente ed a sospendere la fornitura in caso di irregolarità senza assumere responsabilità; b) esclude la responsabilità dell'ENEL per i danni causati dall'energia a valle del punto di consegna;
- n. 9 nella parte in cui: a) consente all'ENEL di interrompere la fornitura per "altre esigenze"; b) esclude per l'utente il diritto alla risoluzione o al risarcimento dei danni in ipotesi di interruzioni e limitazione per "scioperi e ragioni di servizio";
- n.10 nella parte in cui lascia a carico del Romano gli oneri di altra natura;
- n. 11 nella parte in cui consente all'ENEL di: a) sospendere la fornitura per ogni inadempienza dell'utente anche relativa a precedenti forniture cessate; b) sospendere l'esecuzione di tutti i contratti con l'utente o risolverli di diritto per violazione dell'art.3 delle condizioni generali; c) risolvere il contratto con addebito immediato dei corrispettivi dovuti sino alla scadenza e degli eventuali maggiori danni per violazione degli artt.,12,3,5 e 6 delle condizioni generali; d) risolvere il contratto in seguito alla inosservanza delle modalità di pagamento previste dalla clausola 3 delle condizioni generali di contratto; e)

addebitare, all'atto della risoluzione, i corrispettivi dovuti sino alla scadenza" ed "eventuali maggiori danni";

- n. 12 nel punto in cui dispone che l'ENEL S.p.A. rimarrà obbligata dal momento in cui l'energia verrà messa a disposizione dell'utente;
- n. 13 ove individua come foro competente quello della sede distrettuale dell'ENEL competente per il contratto di fornitura.

È a tal punto opportuno rilevare che il vincolo negoziale nascente dal contratto di somministrazione per cui è causa, pur pesantemente colpito dal giudizio di vessatorietà di buona parte delle condizioni generali predisposte dall'ENEL S.p.A., non pone in discussione l'esistenza del rapporto per le parti passate indenni dal vaglio di abusività, ove si consideri che la disciplina negoziale divenuta inefficace sarà integrata dalle norme dispositive che regolano il rapporto medesimo proprio nell'ottica, voluta dal legislatore, di preservare comunque l'interesse del consumatore-utente al conseguimento del bene oggetto del contratto - art. 1469 quinquies, 1°comma, c.c..

L'accoglimento della domanda principale proposta dal Romano esime il Collegio dall'esaminare l'ulteriore pretesa avanzata in via subordinata dall'attore, rimanendo questa assorbita.

Deve essere infine disattesa la richiesta di condanna dell'ente convenuto alla pubblicazione della presente sentenza su alcuni quotidiani, non avendo il Romano avanzato in questa sede alcuna domanda risarcitoria, nè potendo per l'effetto profilarsi un pregiudizio ristorabile attraverso il ricorso allo strumento dell'art. 120 c.p.c.

La novità delle questioni trattate impone la compensazione fra le parti delle spese del giudizio

P.Q.M

Il Tribunale di Palermo, uditi i procuratori delle parti, respinta ogni altra domanda, eccezione e difesa

Dichiara inefficaci nei confronti di Romano Benedetto le seguenti clausole contenute nelle condizioni generali del contratto di somministrazione di energia elettrica concluso con l'ENEL S.p.A. il 16 Gennaio 1995:

- n.1 nella parte in cui in cui prevede il riconoscimento di un equo compenso per l'utilizzazione di locale cabile all'intorno di beni di proprietà dell'utente solo nell'ipotesi di uso prevalente per forniture fuori dall'immobile;
- n. 3 nella parte in cui; a) individua i termini di adempimento per l'utente; b) addebita al suddetto in caso di ritardo il pagamento delle maggiori spese; c) esclude che eventuali reclami dell'utente possano esimere dall'obbligo del pagamento;
- n. 7 nella parte in cui: a) autorizza l'ENEL a verificare gli impianti ed apparecchi dell'utente ed a sospendere la fornitura in caso di irregolarità senza assumere responsabilità; b) esclude la responsabilità dell'ENEL per i danni causati dall'energia a valle del punto di consegna;
- n. 9 nella parte in cui: a) consente all'ENEL di interrompere la fornitura per "altre esigenze"; b) esclude per l'utente il diritto alla risoluzione o al risarcimento dei danni in ipotesi di interruzioni e limitazione per "scioperi e ragioni di servizio";
- n. 10 nella parte in cui lascia a carico del Romano gli oneri di altra natura;
- n. 11 nella parte in cui consente all'ENEL di: a) sospendere la fornitura per ogni inadempienza

dell'utente anche relativa a precedenti forniture cessate; b) sospendere l'esecuzione di tutti i contratti con l'utente o risolverli dì diritto per violazione dell'art.3 delle condizioni generali; e) risolvere il contratto con addebito immediato dei corrispettivi dovuti sino alla scadenza e degli eventuali maggiori danni per violazione degli artt. 1, 2, 3, 5 e 6 delle condizioni generali; d) risolvere il contratto in seguito alla inosservanza delle modalità di pagamento previste dalla clausola 3 delle condizioni generali di contratto; e) addebitare, all'atto della risoluzione, i corrispettivi dovuti sino alla scadenza" ed "eventuali maggiori danni";

- n. 12 nel punto in cui dispone che l'ENEL S.p.A. rimarrà obbligata dal momento in cui l'energia verrà messa a disposizione dell'utente;
- n. 13 ove individua come foro competente quello della sede distrettuale dell'ENEL competente per il contratto di fornitura.

Rigetta ogni altra domanda avanzata dall'attore e compensa fra le parti le spese del giudizio.

Così deciso il 20 Marzo 1998 nella Camera di Consiglio della I^ sezione Civile del Tribunale di Palermo.

*****

VI. Tribunale di Palermo, sentenza 2 giugno 1998, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Aeroviaggi (Avv. A. Algozini), Giudice Conti

Può ritenersi rappresentativa dei consumatori – ed è, pertanto, legittimata a proporre l'azione inibitoria prevista dall'art. 1469 sexies c.c. - un'associazione che, oltre ad avere tra i propri fini statuari la tutela degli interessi dei consumatori,

abbia raggiunto un significativo grado di continuità ed effettività nel conseguimento di tale obiettivo.

Deve essere inibita l'utilizzazione della clausola contenuta nelle condizioni generali di un contratto di viaggio, in forza della quale, in caso di recesso del consumatore, l'organizzazione può trattenere, a titolo del corrispettivo per l'esercizio di tale facoltà, le somme già percepite, laddove non sia previsto che, in caso del recesso dell'organizzazione, quest'ultimo versi delle somme corrisposte dal consumatore.

Deve essere inibita l'utilizzazione della clausola, contenuta nelle condizioni generali di un contratto di viaggio, in forza della quale la valutazione della qualità del servizio è riservata esclusivamente al professionista (nella specie era previsto che la sistemazione alberghiera, in assenza di classificazioni ufficiali, fosse stabilita dall'organizzatore in base a propri criteri di valutazione degli standards di qualità).

Deve essere inibita l'utilizzazione della clausola, contenuta nelle condizioni generali di un contratto di viaggio, con cui si prevede come foro esclusivo per ogni controversia nascente dal contratto quello ove ha sede il tour operator

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
Prima Sezione Civile

il Dott.Roberto Conti, in funzione di Giudice Unico della 1° Sezione Civile ha emesso la seguente

SENTENZA

nel procedimento portante il n°1472 degli affari civili contenziosi dell'anno 1997

TRA

Associazione Regionale Consumatori e Ambiente – Adiconsum, in persona del suo Segretario generale e legale rappresentante Benedetto Romano, elettivamente domiciliata in Palermo Via Wagner n°8 presso lo Studio dell'Avv. G. Palmigiano che lo rappresenta e difende unitamente all'Avv. A. Palmigiano

ATTRICE

Contro

Aeroviaggi S.p.A., con sede in Palermo, in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in Palermo Via Duca della Verdura n°4 presso lo Studio dell'Avv. A. Algozini che la rappresenta e difende

CONVENUTA

Le parti hanno concluso come nei rispettivi atti difensivi

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 25 Febbraio 1997 l'Associazione Regionale Consumatori e Ambiente Adicosum, in persona del suo segretario generale e legale rappresentante Romano Benedetto convenne in giudizio innanzi a questo Tribunale l'Aeroviaggi S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore* e premesso che la società convenuta, tour operator con sede in Palermo, aveva predisposto ed utilizzato opuscoli informativi relativi alla vendita di viaggi organizzati contenenti condizioni generali dei contratti di viaggio, espose che le clausole contrassegnate dai nn. 6 comma 2, 10 e 17 contrastavano con gli art.1469 bis e segg. c.c. introdotti dalla legge n°52/1996 di

recepimento della direttiva comunitaria 93/13/CEE.
Rappresentò, in particolare, che doveva ritenersi abusiva la clausola che statuiva, in caso di recesso del consumatore, il diritto del tour operator di trattenere la quota d'iscrizione ed altre somme - differenziate in relazione al tempo in cui era esercitato il recesso - poiché analoga facoltà non era garantita al fruitore del viaggio allorché fosse stato l'organizzatore a recedere dal contratto.
Soggiunse inoltre che apparivano del pari vessatorie la disposizioni negoziali che consentivano all'organizzatore di accertare la conformità del servizio prestato a quello previsto nel contratto e che prevedevano la competenza esclusiva del foro giudiziario ove aveva sede il tour operator.
Evidenziò inoltre che con ricorso del 13 novembre 1996 aveva chiesto a questo Tribunale l'emissione di un provvedimento inibitorio ai sensi del combinato disposto degli artt. 1469 sexies c.c. e 669 bis e segg. c.p.c. e che il giudice designato, con provvedimento reso nei 23-24 gennaio 1997, aveva parzialmente accolto le richieste, inibendo all'Aeroviaggi S.p.A. l'utilizzo delle clausole di cui ai nn. 6 e 17 delle condizioni generali di contratto per pacchetti turistici di cui all'opuscolo «Capodanno insieme» ed ordinando la pubblicazione per estratto e per una sola volta dell'ordinanza sul quotidiano «il Corriere della Sera».
Soggiunse che il provvedimento cautelare era stato reclamato dall' Aeroviaggi e che pendeva

in atto il reclamo innanzi al Collegio della 3°Sezione Civile del Tribunale.
Sulla base di tali premesse, l'ADICONSUM chiese che il Tribunale dichiarasse vessatorie le clausole nn. 6, 10 e 17 delle condizioni generali di contratto e per l'effetto inibisse alla convenuta l'uso delle stesse in quanto inefficaci, confermando l'ordinanza resa nei giorni 23/24 gennaio 1997 e condannando la convenuta al pagamento delle spese processuali anche della fase cautelare.
Costituitasi in giudizio l'Aeroviaggi S.p.A. chiese il rigetto delle avverse domande, evidenziando che il Tribunale di Palermo, in parziale accoglimento del reclamo proposto avverso l'ordinanza cautelare resa nei 23/24 gennaio 1997, aveva revocata l'inibitoria disposta in ordine alla clausola n°6 delle condizioni generali.
Evidenziò poi che l'attrice non possedeva i requisiti richiesti dall'art. 1469 sexies c.c. per esperire l'azione proposta e che in ogni caso non solo le clausole n. 10 e 17 erano prive di attitudine vessatoria come già aveva avuto modo di chiarire il Collegio, ma anche la clausola derogativa della competenza territoriale si giustificava in relazione alla peculiare natura del servizio oggetto del contratto ed ai costi competitivi offerti al pubblico, pure soggiungendo che il giudice del reclamo aveva ormai definitivamente compensato le spese della fase cautelare, sicchè ogni diversa domanda avanzata dall'attrice doveva ritenersi inammissibile.
Indi la causa, compiuta l'istruzione, previa concessione del termine per il deposito di

comparse conclusionali, veniva rinviata all'udienza del 12 Maggio 1998 per la discussione richiesta dall'attrice e quindi introitata in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'odierna controversia richiede il preliminare esame della problematica concernente la legittimazione attiva dell'associazione regionale Adiconsum disconosciuta in modo articolato dall1Aeroviaggi spa ed invece motivatamente affermata dalla parte attrice.

Va in proposito osservato che il procuratore dell'ADICONSUM, nel corso della discussione, ha ribadito che la legittimazione di tale associazione alla proposizione dell'azione inibitoria ex art.1469 sexies c.p.c. troverebbe idoneo supporto oltre che nella finalità del sodalizio specificata nello statuto, anche nel riconoscimento dell'associazione operato dalla Presidenza della Regione Siciliana in base alla legge regionale n°7/1994 e ancora nell' azione svolta dall'Adicosum anche a livello giudiziario a difesa dei consumatori.

Per converso il difensore dell'Aeroviaggi ha sostenuto che l'associazione attrice, per tabulas costituita da associazioni sindacali, non avendo dimostrato di essere formata da consumatori né che questi avessero espressamente conferito una rappresentanza al sodalizio, era sfornita di legittimazione ex art. 1469 sexies c.c..

Ora, al fine di dirimere il superiore contrasto, appare utile ricordare che l'art 7 della direttiva 93/13 CEE, nel demandare agli stati membri l'individuazione dei mezzi adeguati per impedire l'inserzione di clausola abusive

nei contratti stipulati fra un professionista ed i consumatori, ha espressamente previsto che nell'ambito di tali mezzi dovevano rientrare «disposizioni che permettono a persone o organizzazioni che, a norma del diritto nazionale, abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori».

Orbene, è stato unanimemente riconosciuto dai primi commentatori della legge di attuazione della menzionata direttiva CEE che l'art.1469 sexies c.c., operando un generico riferimento alle «associazioni rappresentative di consumatori, alle associazioni di professionisti ed alle Camere di Commercio», se per un verso ha inteso ampliare la sfera di legittimazione ai rimedi general-preventivi introdotti dalla stessa legislazione, ha per altro verso omesso di individuare analiticamente gli «indici di rappresentatività» necessari a differenziare la posizione dei gruppi esponenziali di interessi superindividuali da quelli non rappresentativi.

Peraltro, l'indirizzo recepito dal legislatore interno non si discosta da quello propalato attraverso altre normative, anche attuative di direttive comunitarie - vedasi, ad esempio art.4 l. 29 Dicembre 1990 n° 428 e art.7 d.lgs. 25 Gennaio 1992 n° 74 in tema di pubblicità ingannevole ove viene riconosciuta la legittimazione ad agire per l'inibitoria innanzi al Garante ai consumatori «e alle loro associazioni» e anche art.14 della legge 28 Dicembre 1993 n° 549 recante misure a tutela dell'ozono stratosferico e dell'ambiente che riconosce una legittimazione processuale

alle associazioni di consumatori» - che finiscono col demandare all'autorità giudiziaria l'accertamento di indici - stabilità, radicamento sul territorio, riconoscimento dell'autorità amministrativa, rappresentatività - idonei a conferire al gruppo la legittimazione ad agire per la tutela di interessi collettivi.

Sulla base ditali considerazioni, non può seriamente dubitarsi che nel caso di specie, diversamente che nell'ipotesi contemplata dalla legge n.349/86 ove le associazioni legittimante ad intervenire nel giudizio di danno ambientale sono riconosciute con decreto del Ministro dell'ambiente, ricade sull'interprete il compito di individuare soluzioni che devono perseguire un equilibrato contemperamento fra la ratio ispiratrice della normativa comunitaria, all'interno della quale il riferimento al concetto di «interesse legittimo» sta ad indicare la necessaria individuazione di criteri che oltre a differenziare la posizione del sodalizio la quantifichino in modo adeguato rispetto alla tutela degli interessi superindividuali del consumatore, e la normativa di recepimento che attraverso l'utilizzazione del concetto di «rappresentatività» assolutamente sganciato da indici che ne specificano il contenuto, pur intendendo valorizzare le multiformi realtà in cui si atteggiano i raggruppamenti di singoli per il perseguimento dell'interesse collettivo potrebbe prestarsi, come ha correttamente evidenziato la società convenuta, a facili strumentalizzazioni consentendo azioni di

disturbo ad enti che, con la semplice menzione tra i loro scopi della tutela dei consumatori, perseguano finalità di tutt'altra portata.
Va quindi escluso che l'associazione debba necessariamente essere costituita da «consumatori» o che questi ultimi debbano conferire espressa delega ai partecipanti al sodalizio, ove si consideri che il postulato da cui parte l'Aeroviaggi, oltre a non trovare alcun conforto nella *ratio legis*, è stato già smentito da quella autorevole dottrina amministrativistica che a proposito della tematica generale della tutela degli interessi diffusi ebbe lucidamente ad affermare come ai fini dell'individuazione dei soggetti portatori di interessi collettivi non importa stabilire se fra la formazione sociale e i portatori di interessi diffusi si ponga un rapporto organico, di mandato o di gestione aliena, rilevando soltanto che il sodalizio sia portatore di un interesse originariamente allo stato diffuso.
Tanto premesso, occorre evidenziare, nel caso di specie, che dalla documentazione prodotta agli atti, mai disconosciuta dalla convenuta, l'ADICONSUM regionale, che secondo statuto promuove l'informazione e l'educazione al consumo fra consumatori ed utenti stimolando l'associazionismo e la tutela anche giudiziale degli interessi del consumatore di cui si fa portatrice, risulta avere intrapreso con enti pubblici e privati una significativa azione di promozione degli interessi degli utenti e dei consumatori, come è dato evincersi dalle note dei Sindaci dei

comuni di Partinico e Terrasini inviate rispettivamente il 24 marzo 1997 (concernente la designazione di un componente della commissione per il rilascio delle autorizzazioni di pubblici esercizi) e il 5 giugno 1997 (relativa alle iniziative finalizzate a sensibilizzare la cittadinanza sui problemi della sicurezza degli impianti elettrici), dalla comunicazione dell'ENEL - compartimento Palermo - del 21 maggio 1996 (concernente l'invio della «Carta del servizio elettrico»), nonché dalla organizzazione di convegni sul tema del turismo nei triennio 1991/1993 e dalla creazione di un consorzio, formato da enti di promozione turistica e dalle associazioni di categoria del settore, per la gestione del presidio turistico delle province di Messina, Catania e Palermo la cui costituzione è stata proposta dalla stessa Adiconsum regionale alla Regione Siciliana - cfr. pag. 5 e progetto territorio in prod. n. 5 attrice.

Non può allora dubitarsi che dalla documentazione anzidetta emerge univocamente che detta associazione, costituita nell'anno 1988 – v. atto in Notar Pizzuto del 4.11.1988, agli atti, - ha ormai raggiunto un significativo grado di continuità ed effettività nel conseguimento dei propri fini statutari percepito anche dalla comunità regionale di appartenenza, ponendosi così nel tempo come serio interlocutore delle problematiche concernenti la tutela del consumatore.

Mette poi conto osservare che la partecipazione di due confederazioni sindacali

regionali di lavoratori operanti in distinti settori dell'economia alla costituzione originaria del gruppo associativo, da cui l'Aeroviaggi vorrebbe inferire la non rappresentatività del sodalizio, costituisce vieppiù conferma, già all'atto della sua creazione, del grado di diffusione e di radicamento dell'associazione nell'ambito in cui essa avrebbe operato, coinvolgendo organizzazioni associative che escludono ex se i pericoli di strumentalizzazione pure palesati dalla società convenuta.

Ne' può ancora disconoscersi che la rappresentatività dell'associazione attrice è ulteriormente comprovata dal riconoscimento dell'Adiconsum operato dal Presidente della Regione Siciliana ai sensi dell'art.5 della l.r. n° 7 del 23 Maggio 1994 contenente nonne per la tutela dei consumatori e degli utenti - cfr. decreto n°69 del 20 Marzo 1995, in prod. n. 4 attrice.

Giova in proposito rammentare che la normativa regionale anzicennata ha inteso predisporre, stando all'intenzione del legislatore resa palese nei lavori preparatori, un quadro normativo finalizzato ad applicare nella Regione Siciliana le leggi nazionali e comunitario a tutela degli utenti e dei consumatori, creando così un canale preferenziale in grado di stimolare l'associazionismo dei cittadini in direzione della difesa e della salvaguardia dei diritti del cittadino in quanto consumatore.

In tale ottica è stato istituto il Consiglio regionale dei consumatori e degli utenti - art.2 -, con funzioni consultivo e di controllo

un materia di difesa dei consumatore, composto fra l'altro da dodici rappresentanti designati dalle associazioni dei consumatori che ottengono il riconoscimento regionale previa dimostrazione della «loro effettiva azione da almeno un anno e l' adesione di almeno cento persone a livello regionale» - cfr. art. 5 l.r. cit.

Orbene, non può revocarsi in dubbio che il decreto presidenziale summenzionato, sulla cui legittimità non è invero dato dubitare ad onta di quanto sul punto genericamente dedotto dall'Aeroviaggi, ben può essere valorizzato ai fini di cui qui di discute, ove si consideri che tale riconoscimento ha preso in considerazione l'estensione del sodalizio ed il suo radicamento nel territorio palesato dall'esercizio effettivo di attività da almeno un armo.

Ed ancorché l'individuazione degli indici di rappresentatività previsti dalla l.r. n°7/1994 potrebbe non considerarsi esaustiva al fine di inferire l'effettività dell'azione svolta dalle associazioni regionali, bastando in proposito rammentare che già nell'iter parlamentare della legge non verme approvato un emendamento teso a riconnettere il riconoscimento amministrativo alla dimostrazione, da parte delle associazioni, di operare sull'intero territorio regionale, di avere sedi in almeno tre province e di avere svolto effettiva azione a tutela dei consumatori da almeno due anni, non può peraltro disconoscersi che il compendio degli clementi in possesso di questo giudice e fin qui menzionati esclude che l'Adiconsum sia

un gruppo effimero costituito allo scopo di perseguire scopi estranei alla tutela collettiva dei consumatori e milita comunque a favore della rappresentatività dell'associazione oggi attrice che deve per l'effetto ritenersi legittimata alla proposizione dell'azione inibitoria di cui all'art.1469 sexies c.c..

Ciò chiarito e prima di passare all'esame delle clausole predisposte dall'Aeroviaggi e contenute nelle condizioni generali di contratto di cui l'Adiconsum assume la vessatorietà, appare opportuno incentrare l'analisi sulla tematica relativa all'applicabilità alla fattispecie dei contratti di viaggio «tutto compreso» della legge n° 52/1996 di recepimento della direttiva 93/13/CEE.

Invero, il silenzio palesato su tale questione dalle parti e dai loro difensori nel corso del complesso iter del giudizio è sicuro indice rivelatore del fatto che le stesse hanno ritenuto incontroversa l'applicazione della normativa comunitaria alle condizioni generali di contratto relative ai pacchetti turistici disciplinati dal decreto legs. n° l 11/1995 e dalla legge n° l084/1977 di ratifica della convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio firmata a Bruxelles il 24 Aprile 1970, richiamati espressamente dall'art. 2 delle c.g.c. - agli atti - come fonti di disciplina del rapporto.

Peraltro, la posizione assunta dalle parti non esime questo giudice dall'esaminare la correttezza di un simile argomentare, involgendo la stessa problematiche questioni di coordinamento fra legislazione interna,

fonti convenzionali sovranazionali ratificate dallo stato italiano e fonti comunitarie anch'esse trasposte, in tempi diversi, nell'ordinamento interno.

Ed infatti, a ben vedere il legislatore nazionale, nel dare attuazione alla direttiva 90/314 /CEE e ancor prima con la ratifica della Convenzione dei contratti dì viaggio - C.C.V. - ha sicuramente introdotto una disciplina specifica dei contratti di viaggio - *rectius* dei «pacchetti» turistici- correlata appunto alla peculiarità dell'operazione economica ad essi sottesa, disciplinando un compendio di elementi del rapporto che, ove recepiti nel testo negoziale predisposto dal tour operator, potrebbero ritenersi in sé compiuti e quindi impermeabili ad eventuali discipline «orizzontali» che, dirette ad attuare un controllo sostanziale di equità sulle modalità di contrattazione dei contratti conclusi con i consumatori, si disinteressano dello specifico tipo contrattuale, per modo che non sarebbe profilabile nemmeno in astratto alcun contrasto fra le due normative, essendo applicabile solo la legge «verticale».

Se a ciò si aggiunge che la legislazione di recepimento della direttiva comunitaria 93/13/CEE è successiva alla direttiva recepita con il d.lgs.n°1 11/1995 apparirebbe quindi non peregrino, ed anzi necessario, sostenere che in ipotesi di contrasto fra fonti normative comunitarie dello stesso tipo deve prevalere quella speciale secondo il noto brocardo «*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*».

Peraltro, tale argomentare non può sfuggire alla considerazione che all'atto della conclusione del contratto il turista altri non è che un consumatore il quale si trova a dovere concludere un rapporto il cui contenuto è stato di regola unilateralmente predisposto dall'altro contraente e che la normativa comunitaria adottata nel 1993 costituisce il punto culminante di una legislazione sopranazionale destinata non solo all'armonizzazione delle legislazioni degli stati membri in materia, ma soprattutto ad approntare tiri sistema di tutela «forte» in favore del contraente «debole» per riequilibrare in termini di equità la posizione deteriore in cui quest'ultimo si trova allorché contratta con la parte clic ha predisposto, senza averlo negoziato, il contenuto del rapporto.

Le superiori argomentazioni inducono allora a considerare come possibile che la tutela approntata al turista-consumatore debba enuclearsi attraverso una ponderata analisi dei testi normativi, qualunque ne sia la fonte ed il grado, in modo da ottenere, nel rispetto della specificità del rapporto, il grado di tutela più elevato per l'aderente.

Proprio partendo dalle superiori considerazioni l'analisi può quindi passare al contenuto della clausola n°6, comma 2, delle condizioni generali di contratto predisposte dall'Aeroviaggi che secondo l'assunto dell'Adiconsum, nel prevedere il pagamento di un corrispettivo per l'esercizio della facoltà di recesso del turista, non resisterebbe al vaglio di vessatorietà alla stregua dell'art. 1469 bis

n°5 c.c. perché in ipotesi di recesso dell'organizzatore l'art.8 delle medesime condizioni non prevede il diritto del turista a trattenere il doppio di quanto versato.
L'Aeroviaggi, per converso, anche nel corso della discussione orale, ha incontrato le proprie difese sulla circostanza che il menzionato art.8 delle c.g.c. non conterrebbe alcuna facoltà di recesso per l'organizzatore, ma si limiterebbe piuttosto a prevedere, nella prima parte, l'ipotesi di estinzione dell'obbligazione alla stregua dell'art.1256 c.c., per modo che il consumatore «se rilevasse la falsità delle affermazioni e dunque la insussistenza della dedotta impossibilità avrebbe tutto il diritto di agire per l'adempimento ovvero di chiedere la risoluzione» e nella seconda una clausola condizionale unilaterale «legata a fatti obiettivi» e posta nell'esclusivo interesse dell'organizzatore - cfr. pagg. 8 e 9 reclamo Aeroviaggi, agli atti.
Orbene, ritiene il giudicante che la clausola n°6 delle c.g.c., la quale sotto la rubrica «RECESSO DEL CONSUMATORE» riconosce al consumatore la facoltà di recedere dal contratto per fatti non ascrivibili all'organizzatore prevedendo l'addebito della quota iscrizione e, a titolo di corrispettivo per il recesso di ulteriori somme via via crescenti con l'approssimarsi della data della partenza, se correlata alla previsione negoziale contenuta al n°8 delle condizioni generali, determina effettivamente un significativo squilibrio in danno del turista alla stregua dell'art. 1469 bis, comma 3°, n°5 c.c. che

presume l'abusività della clausola che consente «al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o ne recede, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere», valendo all'uopo le seguenti considerazioni.

Occorre anzitutto premettere, al fine di una più chiara comprensione della questione qui affrontata, che secondo lo schema negoziale prestabilito dalle condizioni generali dell'Aeroviaggi il turista, all'atto della prenotazione, è chiamato a versare il 25 per cento della quota di partecipazione a titolo di acconto e l'intero saldo trenta giorni prima della partenza - clausola n.4 delle condizioni generali – e che il «recesso» del suddetto viene esercitato attraverso l'addebito delle somme già versate in precedenza all'organizzatore.

Ciò consente di ricondurre la fattispecie prevista dalla clausola n. 6 all'istituto della multa penitenziale, ove si consideri che nè l'acconto iniziale del 25 per cento nel versamento del saldo a cui è tenuto l'aderente sono finalizzati, all'atto della loro dazione, ad operare come caparra confirmatoria o penitenziale, non risultando dal testo negoziale alcun intento sanzionatorio o risarcitorio rispetto ai versamenti in parola.

In altri termini, pare evidente che lo schema negoziale anzidetto consente al turista di porre nel nulla il rapporto di viaggio sempreché questi accetti di sacrificare una

parte delle somme precedentemente versate che assumono la veste di «prezzo» del recesso allorché il turista si determini in tal senso.
Passando quindi alla clausola n.8 delle c.g.c. la stessa, sotto la rubrica «MANCATA ESECUZIONE» recita testualmente: «il consumatore può esercitare i diritti previsti dal precedente art. 6 commi 1° e 2°, anche nel caso in cui prima della partenza, l 'Organizzatore, per qualsiasi ragione, tranne un fatto proprio del consumatore, comunichi l' impossibilità di effettuare le prestazioni oggetto del pacchetto l' organizzatore può annullare il contratto quando non sia stato raggiunto il numero minimo previsto dei partecipanti e sempre che ciò sia portato a loro conoscenza nel termine precedente l'inizio dei servizi turistici indicato dall'organizzatore. In tal caso, come nell'ipotesi del recesso di cui al presente art. 6 commi 1° e 2°, l'organizzatore sarà tenuto al solo rimborso delle somme percepite entro 7 giorni lavorativi dal momento del recesso o della cancellazione, escluso ogni ulteriore rimborso».
Ora, ritiene questo giudice che tale disposizione, come già ritenuto dal giudice monocratico della cautela, consente all'organizzatore di recedere *ad nutum* dal rapporto e che l'inciso «per qualsiasi ragione», se correlato alle successiva espressione « tranne un fatto proprio del consumatore», come il predisponente abbia voluto determinare gli effetti dello scioglimento unilaterale adottato anche in relazione a discrezionali scelte commerciali,

espressamente escludendo la facoltà del turista di ricevere il doppio di quanto da questi versato.
Appare dunque improprio ritenere che il concetto di impossibilità sia stato trasfuso nella previsione negoziale privo di «qualsiasi qualificazione o aggettivazione soggettiva riferita all'organizzatore» - cfr. pag. 7 ordinanza tribunale in sede di reclamo, agli atti -, ove si consideri che proprio lo specifica assenza di espressioni quali quelle di «forza maggiore» o «fatto sopravvenuto non imputabile» lascia univocamente ritenere che la clausola contempli anche l'ipotesi del recesso dell'organizzatore non collegato ai fatti che determinano l'estinzione dell'obbligazione.
Nemmeno convincente appare la qualificazione giuridica offerta dalla società convenuta per spiegare la facoltà di «annullamento» del viaggio per mancato raggiungimento «del numero minimo previsto dei partecipanti» alla stessa riservata dalla seconda parte del patto avanti ricordato.
A ben vedere, infatti, ed al dì la del poco tecnicismo delle espressioni da ultimo menzionate, la predisposizione da parte dell'organizzatore di una condizione unilaterale dalla quale deriverebbe l'inefficacia del rapporto, lungi dall'essere legata a fatti obiettivi come ha postulato la convenuta, ha in sé un contenuto che si determina solo in relazione a libere scelte del predisponente, omettendo infatti di specificare in termini chiari e precisi e nella dovuta forma scritta – cfr. art. 6 d.p.r.

n°111/1995 - non tanto uno degli elementi dell'evento accidentale dedotto in condizione - id est il numero di partecipanti che, a ben vedere, potrebbe essere individuato volta per volta nel singolo viaggio organizzato - ma quel che più rileva il tempo entro il quale detto numero minimo deve essere fissato dal tour operator.

E' infatti incontrovertibile che nelle suddette condizioni generali non solo è omesso qualsivoglia elemento dal quale desumere chiaramente che la prefissione del numero debba avvenire all'atto della conclusione del contratto - né negli opuscoli informativi dell'Aeroviaggi prodotti agli atti risulta alcuna indicazione in proposito, in spregio a quanto disposto dall'art. 9, l° comma, lett.g) del d.lgs. n°111/1995- ma è addirittura esplicitato che «le indicazioni relative al pacchetto turistico non contenute nei documenti contrattuali negli opuscoli ovvero in altri mezzi di comunicazione, saranno fornite dall'organizzatore in tempo utile «prima» dell'inizio del viaggio» cfr. clausola n°3 c.g.c.-, il che lascia intendere che il tour operator si sia riservato la facoltà di determinare tale elemento in un momento successivo alla conclusione del rapporto.

Ne consegue che anche la previsione negoziale di cui alla seconda parte della clausola n° 8 delle c.g.c. consente all'organizzatore di recedere dal viaggio, poiché l'annullamento - o cancellazione che dir si voglia - del viaggio non è ancorato ad un evento determinato futuro ed indipendente dalla volontà dei contraenti ma piuttosto ad

una libera manifestazione di volontà di una delle parti (cfr. Cass. 7 Agosto 1989 n°3626).
Il che si coglie ancor più ove si consideri che il modo con cui è stata negozialmente congegnata dall'Aeroviaggi la conclusione dei rapporti di viaggio – cfr. art. 3 c.g.c. -, correlata alla «conferma» della prenotazione del turista – che assume la veste di proponente - da parte dell'organizzatore - oblato - consente allo stesso tour operator di determinare unilateralmente, in qualsiasi momento, attraverso l'accettazione - o meno - delle singole prenotazioni, il numero dei partecipanti al singolo viaggio e quindi lo svolgimento del viaggio medesimo.
Orbene, se non è certo questa la sede per approfondire l'eventuale vessatorietà di una clausola che contenga una condizione unilaterale risolutiva in favore del professionista alla stregua dell'art. 1469 bis 3°comma nn. 4 e 20 c.c. - ove si presumono vessatorie le clausole che prevedono «un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà » o «l'assunzione di un obbligo come subordinati ad una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà del professionista a fronte di un 'obbligazione immediatamente efficace del consumatore» - non può però disconoscersi che il contenuto letterale della clausola 8 delle c.g.c., comunque voglia interpretarsi, è di tale portata da legittimare il tour operator a porre nel nulla il contratto

di viaggio precedentemente organizzato e concluso, stilla base di determinazioni unilaterali indeterminate ed aliene al turista - perché riservate al predisponente - che nemmeno è messo in condizione di conoscere all'atto del la conclusione del rapporto.
Fatte le superiori premesse, ritiene questo giudice che dal compendio delle previsioni negoziali dianzi ricordate emerga quel sostanziale squilibrio fra la posizione del turista aderente e quella dell'Aeroviaggi in danno del primo che l'art. 1469 bis, 3°comma, n°5 c.c. ha invece inteso evitare.
In proposito, occorre ricordare che la menzionata disposizione, il cui tenore letterale - «contratto concluso» - esclude di considerare ai fini della sua operatività lo stato di esecutività delle prestazioni, non ha fatto altro che trasporre nell'ordinamento interno la previsione comunitaria che riconduceva la possibile vessatorietà alle clausole che permettono al professionista di trattenere somme versate dal consumatore qualora quest'ultimo rinunci a concludere o a eseguire il contratto qualora non fosse stato previsto un indennizzo per un importo equivalente in favore del consumatore in caso di recesso del professionista - lett. d) all. dir. CEE 93/13 -.
E se è incontroverso che la norma «copra» le ipotesi in cui il professionista ha prefissato una caparra penitenziale a carico dell'aderente, non può del pari dubitarsi che la fattispecie negoziale qui all'esame del Tribunale persegua le medesime finalità di quella correlata al versamento anticipato - al

professionista - di una somma per il futuro recesso e non possa dunque sottrarsi al vaglio di vessatorietà proprio perché determina una significativa disparità laddove al diritto riconosciuto ai professionista di trattenere le somme versate dal turista non fa da pendant il diritto del consumatore a ricevere il doppio in caso di recesso dell'organizzatore.

Ciò è ancor più vero se si consideri che la corrispondente previsione comunitaria – lett. d) all. dir. CEE 93/13 - idonea a costituire sicuro canone interpretativo della norma interna, riconduce la presunta abusività al fatto che il professionista possa «trattenere somme versate dal consumatore qualora quest'ultimo rinunci a concludere o eseguire il contratto, senza prevedere il diritto per il consumatore di ottenere dal professionista un indennizzo per un importo equivalente qualora sia questi che recede dal contratto», intendendo così contemplare, come già detto senza alcun riferimento ai finì della sua operatività allo stato di esecutività delle prestazioni, ogni ipotesi in cui il predisponente sia abilitato a trattenere somme versate dal consumatore qualora quest'ultimo receda dal rapporto.

Va poi soggiunto che di nessun rilievo è la circostanza che il potere di recesso dell'organizzatore sia previsto in una disposizione delle c.g.c. separata da quella concernente la facoltà di scioglimento unilaterale riconosciuta al consumatore, sol che si consideri che la tecnica redazionale con cui sono state predisposte le condizioni

generali di contratto non può certo incidere sul contenuto omogeneo delle singole clausole, bastando all'uopo rammentare che proprio dalla fotocopia di altro catalogo predisposto da un diverso tour operator - prodotta agli atti dall'Adiconsum - il contenuto delle clausole nn. 6 e 8 delle c.g.c. predisposte dall'Aeroviaggi risulta trasfuso in un'unica disposizione sotto il titolo «Recesso e annullamento» - cfr. doc. t) carpetta 4 prod. attrice-.

Non sarebbe dunque necessario insistere ulteriormente sulla natura vessatoria della clausola n. 6 delle c.g.c., ove tra l'altro si ponga mente alla circostanza che la stessa impone inequivocabilmente a carico del turista che recede la perdita di somme che possono arrivare fino all'intero costo del viaggio mentre in ipotesi di recesso dell'organizzatore non prevede che questi versi il doppio delle somme ricevute dal turista. Ora, in tanto è possibile giustificare il sacrificio richiesto al turista-consumatore per l'esercizio del suo diritto allo scioglimento unilaterale del contratto in quanto il predisponente sia specularmente chiamato a corrispondere il doppio di quanto ricevuto in ipotesi di suo recesso, ciò in base al principio di reciprocità affermato dall'art.1469 bis n°5 c.c.

Né può escludersi l'abusività della clausola in relazione alla natura del bene o del servizio oggetto del contratto alla stregua dell'art. 1469 ter, 1°comma, c.c.. Sul punto non pare inutile premettere che l'art.4 n°1 della direttiva CEE 15/93, proprio per evidenziare

l'ottica astratta in cui deve svolgersi la tutela collettiva general-preventiva, esclude che il giudice investito dai soggetti legittimati. Alla proposizione dell'inibitoria debba tenere in considerazione - la natura - dei beni o servizi oggetto del contratto o considerare le circostanze rilevanti all'atto della-conclusione del contratto e le clausole del contratto o di un altro contratto da cui questo dipende.

Peraltro, non è di poco momento la circostanza l'art.1469 sexies c.c. non faccia alcun riferimento a tale esclusione nè a quella prevista dall'art.5 ultima parte dir. CEE ult. cit. in tema di interpretazione più favorevole al consumatore ma anzi demandi al giudice il compito di accertare l'abusività «ai sensi del presente capo».

Ora, senza volere in questa sede approfondire i delicati problemi di coordinamento fra fonte interna di recepimento e norma comunitaria già in parte affrontati da questo Tribunale - cfr. sent. n. 192/98 Romano c. ENEL - in altra controversia in cui la accertata natura *self-executing* delle direttiva CEE 93/13 rispetto ad un ente ritenuto assimilabile allo Stato ha consentito di affermare anche ai fini interpretativi la prevalenza del testo comunitario - sovraordinato - rispetto a quello di recepimento, risultato quest'ultimo che potrebbe essere agevolmente trasposto nel caso di specie concernente un rapporto interprivato solo se si accedesse a quell'indirizzo dottrinario, ormai prevalente, teso a riconoscere l'immediata efficacia delle direttive comunitarie *self-executing* anche fra

i privati, può comunque ritenersi che se la ratio espressa sul punto dal legislatore comunitario impone, in ogni caso, di ritenere che non si concilia con una valutazione in astratto della vessatorietà il riferimento ad un diverso rapporto stipulato fra «parti» non ancora individuate, non può peraltro escludersi, ma si deve ritenere possibile, che nel giudizio inibitorio l'abusività sia accertata avuto riguardo alla natura del bene o del servizio ed anche al compendio di tutte le clausole che compongono il futuro contratto, attenendo tali vicende non alla concreta attuazione del singolo rapporto, ma piuttosto alla sua tipizzazione generale.

Fatte le superiori premesse e tornando alla fattispecie concreta, è in effetti vero che la previsione del corrispettivo per il recesso a carico del turista potrebbe perdere i connotati di iniquità astratta superiormente evidenziati - anche se tale evenienza non è stata nemmeno prospettata dall'Aeroviaggi - se correlata all'obbligo del tour operator, che organizza servizi offerti da terzi, di acquistare con largo anticipo i servizi stessi e di pagare ai terzi eventuali penali in caso di disdetta provocata dallo scioglimento del rapporto voluto dal turista che, per converso, in caso di annullamento non sarebbe tenuto a sopportare alcuna conseguenza patrimoniale rilevante.

Ma tale argomentazione omette anzitutto dì considerare che la vessatorietà che l'art.1469 bis n° 5 c.c. intende escludere deve essere valutata con riguardo all'altro contraente - e non in relazione a soggetti o contratti non

collegati a quello concluso - e che in ogni caso lo squilibrio contrattuale in parte qua non è integrato dalla previsione della multa penitenziale a carico del turista, ma dalla circostanza che al significativo sacrificio imposto al medesimo dalla clausola n° 6 non corrisponde analogo impegno del predisponente organizzatore allorché sia questi a porre nel nulla il rapporto cagionando all'aderente un prevedibile disagio, anche economico allorché l'impossibilità o l'annullamento siano comunicati nel termine precedente l'inizio dei servizi turistici indicato dall'Organizzatore che, invero, non risulta fissato in forma scritta dall'Aeroviaggi nelle condizioni generali di contratto ne negli opuscoli illustrativi agli atti - (cfr. art. 9, l° comma,lett. g) e art. 13, 3°comma, d.lgs.n°l 1/1995 cit.).

Va infine evidenziato che la clausola in oggetto non può nemmeno andare esente dal controllo di vessatorietà perché riproduttiva dell'art.9 della legge n. 1084/1977 (CCV.) - e/o dell'art.13 d.lgs. n°11/1995 - secondo quanto previsto dall'art- 1469 ter, terzo comma e, come sostenuto dall' Aeroviaggi, nel corso della fase cautelare.

Ed invero, inette conto rilevare che la disposizione negoziale di cui si discute, come già evidenziato dal giudice monocratico della cautela, riproduce solo parzialmente il contenuto dell'art. 9 della C.C.V. mancando ogni riferimento al diritto del turista all' «indennizzo» spettante in caso di annullamento del viaggio, poi qualificato

come «risarcimento» dall'art. 13, 2°comma, del d.lgs. n° 111/1995.
Orbene, siffatta circostanza induce a ritenere che il reperimento negoziale «parziale» vuoi della norma di ratifica di una convenzione internazionale, vuoi della legge di attuazione di una direttiva comunitaria o più in generale delle legge interna, noti può escludere il test di vessatorietà del patto predisposto unilateralmente, poichè l'equo contemperamento di interessi che deve ritenersi perseguito dal legislatore nazionale o sovranazionale viene reciso dalla riproduzione frammentaria del testo normativo, depurata di quei contenuti idonei a dare compiutezza al sistema disciplinato.
E poiché nel caso di specie la clausola negoziale non contempla il diritto del turista all'indennizzo - o al risarcimento del danno - ciò consente agevolmente di affermare che l'originario equilibrio perseguito con la normativa di settore dal legislatore non sia stato affatto trasfuso nel testo negoziale delle c.g.c. che dunque, limitandosi a prevedere il diritto del turista ad usufruire di un viaggio predisposto in alternativa dal tour operator, non si sottraggono al test di vessatorietà nella parte in cui autorizzano l'organizzatore a trattenere le somme indicate nel 3° comma della clausola n°6 in caso di recesso del turista non dipendente da fatto del tour operator.
Va dunque dichiarata la vessatorietà della clausola n.6 delle condizioni generali predisposte dall'Aeroviaggi nel punto in cui

prevede a carico del turista il pagamento di corrispettivi per il recesso.
Passando quindi all'esame della clausola n. 10 che sotto il titolo «CLASSIFICAZIONE ALBERGHIERA» dispone che «la sistemazione alberghiera, in assenza di classificazioni ufficiali riconosciute dalle competenti Pubbliche Autorità dei paesi anche membri della CEE cui il relativo servizio si riferisce è stabilita dall'organizzatore in base a propri criteri di valutazione degli standard di qualità», mette conto ricordare che l'Adiconsum ha sostenuto la vessatorietà di siffatta disposizione alla stregua dell'art. 1469 bis, 3°comma, n°14 c.c. che presume l'abusività del patto che riservi al professionista il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto o gli conferisce il diritto esclusivo di interpretare una clausola qualsiasi del contratto.
L'Aeroviaggi, per converso, si è limitata a richiamare quanto evidenziato durante la fase cautelare sostenendo, nel corso della discussione, che la dimostrazione della concreta utilizzabilità della clausola in oggetto da parte di esso tour operator sarebbe spettata all'Adiconsum che, non avendo fornito alcun elemento dal quale inferire che tale patto era concretamente applicato nei contratti di viaggio giù da questa organizzati, non poteva certo allegare la vessatorietà della clausola riproduttiva di accordi predisposti da organizzazioni a cui detto tour aveva aderito senza mai concretamente utilizzare quelle stessa disposizione negoziale.

Orbene, rileva questo giudice che la tesi della convenuta, ancorchè suggestiva, non può essere condivisa per la semplice considerazione, espressa dal difensore dell'Adiconsum nella discussione orale, che il giudizio inibitorio dalla stessa intentato attiene, secondo quanto disposto dall'art. 1469 sexies c.c., alla astratta utilizzazione delle clausole abusive e prescinde totalmente dalla loro applicazione concreta al singolo rapporto da parte del tour operator.

Sicchè appare evidente la differenza fra l'odierno giudizio di cognizione, in cui il tema decidendi è correlato alla utilizzazione generalizzata di clausole sicuramente predisposte dall'Aeroviaggi e trasposte nelle condizioni generali, e quello proposto in sede cautelare nel quale l'imminenza di un viaggio organizzato dall'Aeroviaggi aveva indotto il giudice della cautela a disattendere la chiesta inibitoria sul presupposto, incontroverso fra le parti, che la clausola di cui si discute non trovasse specifica applicazione per il pacchetto turistico pubblicizzato nel depliant «Capodanno insieme» - all'epoca in corso di svolgimento –concernente viaggi di fine anno organizzati dall'Aeroviaggi in Francia e Italia.

Tanto chiarito, ritiene il giudicante che la clausola anzidetta riserva effettivamente all'organizzatore il potere di determinare lo standard di qualità degli alberghi offerti alla utenza per i paesi in cui manchi una classificazione ufficiale.

Ora non può seriamente contestarsi che il potere che l'organizzatore si riserva in tale occasione determina un significativo

squilibrio rispetto alla posizione del turista il quale, messo in condizione di accettare un viaggio nel quale la sistemazione alberghiera è stata classificata dal tour operator, non potrebbe dolersi in alcun modo delle qualità del servizio concretamente ricevuto né degli standard che l'organizzatore ha ritenuto di adottare per la classificazione.
Appare quindi evidente che la disposizione in parola permette al professionista - organizzatore di stabilire se il servizio prestato è conforme a quanto stipulato nel contratto - cfr. testualmente lett. m) dell'allegato alla direttiva CEE 93/13 - determinando in buona sostanza una limitazione di responsabilità in favore del tour operator, connessa al potere di accertamento della conformità del servizio prestato a quello proposto, sicché la stessa, attribuendo altresì allo stesso tour operator l'interpretazione del contenuto del contratto dal medesimo predisposto, si inscrive a pieno titolo fra le clausole vessatorie alla stregua dell'art. 1469 bis terzo comma n° 14 c.c. ed il relativo uso deve essere inibito all'Aeroviaggi.
Passando infine all'esame della clausola n. 17 che sotto il titolo «FORO COMPETENTE» prevede che «per ogni controversia sarà competente il foro ove ha sede il tour operator», osserva questo giudice che già in altra occasione (sent. Trib. Palermo n°1192/1998 cit.) si è avuto modo di evidenziare che detta clausola stabilisce come foro esclusivo per ogni controversia nascente dal rapporto quella ove ha sede l'organizzatore.

Appare quindi provata la vessatorietà di tale patto sulla base di quanto previsto dal n°19 dell'art.l469 bis c.c. e dalla lettera q) dell'elenco annesso alla direttiva 93/13 CEE ove si consideri che detto patto, addossando in modo irragionevole sul turista i notevoli costi per la tutela giurisdizione in sede diversa da quelle di residenza e domicilio incide in modo irragionevole, comprimendola, sulla scelta dell'utente di tutelare giudizialmente i propri diritti senza che tale situazione possa in alcun modo giustificarsi, ad onta di quanto sul punto sostenuto dalla società convenuta, in relazione alla natura del rapporto.

Nè il riferimento operato dall'Aeroviaggi, tanto nel corso della fase cautelare che in comparsa conclusionale, alla modicità dei prezzi dei soggiorni in Francia e Italia offerti ai turisti ed alla postulata gravosità degli oneri che verrebbero accollati all'organizzatore ove questi fosse costretto ad affrontare in fori diversi un numero indefinito di controversie, coglie nel segno per due diversi ordini di considerazioni.

Ed invero, nell'odierno giudizio inibitorio appare assolutamente in conducente qualsiasi riferimento ai corrispettivi dei viaggi proposti nei depliant prodotti agli atti, controvertendosi, come già si è avuto modo di chiarire, sulla vessatorietà astratta della clausola.

In ogni caso, va sottolineato che le prospettazioni difensive dell'Aeroviaggi a tenore delle quali «il tour operator (ove tale clausola fosse mancata) non avrebbe neppure

organizzato il viaggio, per evidente antieconomicità» e comunque «avrebbe indotto l'organizzatore a tenerne conto nella determinazione del prezzo del pacchetto turistico» - cfr.pag.4 comp. conclusionale Aeroviaggi- omettono esse stesse di prendere atto della posizione di disfavore nella quale si trova il turista di fronte all'organizzatore, tralasciando inoltre di considerare che l'art.17 delle c.g.c. «disvela un'attitudine vessatoria notevolissima a scapito del consumatore» - cfr. pag. 9 ord. reclamo già citata - proprio perché l'individuazione del foro esclusivo coincidente con la sede dell'organizzatore finisce col limitare l'esercizio di azioni legali del consumatore - cfr. lett. q) dell'allegato alla direttiva 93/13 CEE rendendo palese l'inammissibile squilibrio negoziale in cui viene a trovarsi il turista che proprio in relazione alla peculiarità ed alle finalità del servizio turistico difficilmente sarebbe indotto ad intraprendere presso un foro diverso da quello di residenza un'azione giudiziaria nei confronti dell'organizzatore per lamentare inadempienti o disservizi, come è pienamente dimostrato dall'esiguo contenzioso sviluppatosi finora nella materia.

Quanto poi alla possibilità che il tour operator decida, nell'ambito della proprie libere scelte di politica imprenditoriale, di aumentare i prezzi dei pacchetti di viaggio in relazione al venir meno di una o più clausole delle condizioni generali di contratto di cui si discute, finendo cosi per pregiudicare gli interessi economici del turista consumatore

sul quale verrebbero scaricati i maggiori costi, è sufficiente evidenziare che l'ottica in cui sembra muoversi la normativa in tema di clausole abusive è quella di perseguire un riequilibrio in termini di equità normativa del rapporto nel quale l'aderente, non incidendo minimamente sul contenuto negoziale, si trova in posizione di svantaggio rispetto al predisponente, ma è appunto garantito attraverso il divieto per il professionista di inserire clausole che renderebbero oltremodo gravosa la sua partecipazione al rapporto negoziale.

Ed allora, se non è qui in discussione la libertà dell'organizzatore di fissare, secondo indici di remunerativitá dallo stesso prestabiliti, il prezzo del servizio offerto, prezzo che peraltro non dovrebbe prescindere, anche per l'Aeroviaggi, dal principio della domanda e dell'offerta dei viaggi offerti dalla concorrenza, né può seriamente disconoscersi che il giudizio di vessatorietà non riguarda lo squilibrio «economico» fra le posizione contrattuali del professionista e del consumatore, fuori dalle marginali ipotesi in cui il sacrificio imposto al consumatore è ditale portata da divenire espressione di tino squilibrio dei diritti e degli obblighi di cui all'art.1469 bis, I° comma, c.c., ne consegue che la garanzia di un'effettiva tutela giurisdizionale per il turista che stipula un contratto con un tour operator di un'altra città o di un'altra nazione assume una valenza dì bilanciamento irrinunciabile, impedendo essa stessa l'effetto indiretto, ma inevitabile, costituito dalla irresponsabilità di

cui verrebbe a godere il professionista tour operator.
Nè può disconoscersi che ben diversa è la posizione in cui viene a trovarsi l'organizzatore rispetto al turista, se solo si ponga mente alla circostanza che il primo, necessariamente dotato di una rete di collegamenti ramificata su uno o più territori nei quali sono organizzati i singoli viaggi o vengono pubblicizzati, è certamente in grado di ammortizzare il sacrificio imposto, onere che in ogni caso non è nemmeno lontanamente comparabile con quello che dovrebbe per converso sopportare il turista - italiano o straniero - per adire il giudice palermitano, in luogo non coincidente con la propria residenza o con il proprio Paese.
Sulla scorta delle superiori considerazioni, deve essere inibito all' Aeroviaggi S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore*, l'utilizzazione della clausole abusive nn. 6, nel punto in cui prevede a carico del turista il pagamento di corrispettivi per il recesso, 10 e 17 contenute nelle condizioni generali di contratto dalla stessa predisposte.
Le spese del giudizio di merito seguono la soccombenza della convenuta e si liquidano come da dispositivo in favore dell'Adiconsum mentre nessun'altra statuizione può essere adottata da questo giudice sulla spese della fase cautelare dopo che il tribunale del reclamo ha compensato le spese fra le parti ed a tale statuizione queste hanno prestato acquiescenza

P.Q.M.

Il Tribunale di Palermo, uditi i procuratori delle parti, respinta ogni altra domanda eccezione e difesa

Inibisce all'Aeroviaggi S.p.A. l'uso delle clausole abusive nn. 6, nel punto in cui prevede a carico del turista il pagamento di corrispettivi per il recesso, 10 e 17 contenute nelle condizioni generali di contratto dalla stessa predisposte.

Pone a carico della società convenuta le spese del giudizio dì merito che liquida in favore dell'attrice in complessive £. 8.588.000 di cui £.588.000 per spese, £.2.000.000 per diritti di Procuratore e £. 6.000.000 per onorari di Avvocato, oltre I.V.A. e C.P.A..

Rigetta ogni altra domanda avanzata dalla parte attrice.

Così deciso dal Dott. Roberto Conti in funzione di Giudice Unico della 1° Sezione Civile del tribunale di Palermo il 22 Maggio 1998.

*****

VII. Tribunale di Palermo, sentenza 3 febbraio 1999, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Siremar - Sicilia Regionale Marittima, (Avv.ti Ferraro e Passanisi), Giudice Laudani

La giurisdizione in materia di azione inibitoria ex art. 1469 "sexies" c.c. compete in via esclusiva all'autorità giudiziaria ordinaria, indipendentemente dalla circostanza che le condizioni generali di contratto siano destinate a regolamentare la prestazione di un servizio di pubblico interesse

esercitato in regime di concessione amministrativa e previa approvazione del regolamento contrattuale ad opera di un provvedimento ministeriale.

E' professionista ai sensi dell'art. 1469 bis, comma 2, c.c., qualunque soggetto, pubblico o privato, che eserciti un'attività di cessione di beni o prestazione di servizi, non necessariamente finalizzata alla produzione di utili, avvalendosi di un'organizzazione stabile e duratura, non occasionale. Può, pertanto, essere convenuta nel giudizio inibitorio ex art. 1469 sexies c.c. una società prevalentemente pubblica che eserciti il servizio di trasporto marittimo a prescindere dai risultati di gestione e nel rispetto di vincoli organizzativi imposti dalla legge e dalla p.a.

Le clausole contrattuali approvate con provvedimento ministeriale, che non ha natura di regolamento, sono sottoponibili al sindacato giudiziario di vessatorietà e tale sindacato, con riferimento al trasporto marittimo, deve essere effettuato con riferimento alla disciplina di natura speciale, contenuta nel codice della navigazione, e con riferimento alle norme del codice civile, ove queste non siano derogate dalla disciplina speciale.

Sono vessatorie e pertanto ne deve essere inibita l'utilizzazione, le clausole contenute nelle condizioni generali di un contratto di trasporto marittimo, che prevedono:

- *che qualora venga soppressa la partenza di una nave, il consumatore non ha diritto al risarcimento del danno, sia nel caso di partenza successiva con altra nave, sia nel caso di risoluzione del contratto;*
- *l'esonero da responsabilità del vettore in una serie di ipotesi di danno alla persona o alle cose da questa trasportate, salvo che il passeggero non provi che il danno sia derivato da causa imputabile al vettore;*

– *come foro esclusivo per ogni controversia nascente dal contratto quello del luogo ove ha sede il vettore.*

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
Terza Sezione Civile

Il G.I. Marinella Laudani, in funzione di Giudice Unico ha emesso la seguente

SENTENZA

nel procedimento civile n. 6039\97 R.G. promosso da ASSOCIAZIONE REGIONALE CONSUMATORI E AMBIENTE - ADICONSUM, in persona del suo segretario generale e legale rappresentante rappresentata e difesa dagli Avv.ti Gaetano e Alessandro Palmigiano

ATTRICE

Contro

SIREMAR SICILIA REGIONALE MARITTIMA S.P.A., in persona del suo legale rappresentante pro tempore rappresentata e difesa dagli Avv.ti Umberto Ferraro ed Antonio Passanisi

CONVENUTA

OGGETTO: azione inibitoria ex art. 1469 sexies c.c.

SVOLGILMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 10 ottobre 1997 la "Associazione Regionale Consumatori e Ambiente Adiconsum", in persona del suo Segretario Generale, convenne in giudizio la Siremar s.p.a ", in persona del suo legale rappresentante pro tempore, instaurando il giudizio ordinario conseguente alla pronuncia di inibitoria pronunciata dal G.D. in via d'urgenza ex art 1469 sexies, Il comma, c.c., il 4-5 settembre 1997.

L'associazione attrice, premesso che le condizioni generali di contratto predisposte dalla convenuta per il trasporto marittimo dei passeggeri contengono alcune clausole vessatorie ex art. 1469 bis cc., chiese l' inibirsi alla convenuta l'uso delle stesse, con conseguente condanna alla pubblicazione della sentenza, vinte le spese del giudizio.

Costituitasi ritualmente in giudizio, la Siremar S.p.A. eccepì preliminarmente il difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario, nonché l'infondatezza nel merito della domanda di parte avversa, chiedendone il rigetto, con il beneficio delle spese.

In assenza di attività istruttoria, le parti precisarono le rispettive conclusioni all'udienza di discussione del 24/1/98 la causa è stata posta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In primo luogo va esaminata l'eccezione sollevata dalla convenuta secondo cui la particolare natura della prestazione oggetto del contratto – trasporto marittimo - avrebbe diretta refluenza sia sulla determinazione della giurisdizione che sull'applicabilità a tale tipo di contratto della normativa introdotta con la legge del 2/2/96 n. 52.

In particolare la Siremar S.p.A. - il cui pacchetto azionano appartiene, se pur indirettamente, interamente allo Stato - ha evidenziato che il servizio di trasporto marittimo da essa esercitato è previsto dalla legge n. 169/75 come servizio di interesse generale disciplinato da apposita convenzione stipulata con il Ministero dei Trasporti e della Marina mercantile, e che le condizioni di contratto applicate agli utenti sono stare approvate

con provvedimento del suddetto ministero n. 31 311/112 del 23/3/94.
Da tali circostanze, secondo l'assunto di parte convenuta, deriverebbe la giurisdizione del Giudice Amministrativo in merito alle controversie aventi ad oggetto tale attività di interesse economico generale, ed, in ogni caso la non applicabilità della disciplina ex art. 1469 bis e ss. c.c..
La prima ma delle questioni prospettate - determinazione della giurisdizione – deve essere esaminata in questa sede con esclusivo riguardo all'azione inibitoria ex art. 1496 sexies c.c., e prescindendo dalla disciplina introdotta con il Dec. Leg. del 30/3/98 n. 80, che all'art. 33 ha devoluto al Giudice Amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi.
Infatti, in base al principio della *perpetuatio iurisdictionis* (di cui all'art. 5 c.p.c., come novellato dalla legge 353/90) i mutamenti della legge successivi alla proposizione della domanda sono ininfluenti per determinare la giurisdizione e la competenza.
Ciò posto, ritiene questo decidente che l'azione inibitoria introdotta con la norma di cui all'art. 1469 sexies c.c., in via ordinaria o in via d'urgenza, sia stata demandata dal legislatore alla giurisdizione del giudice ordinario.
Invero, la norma di cui al primo comma ma prevede che l'azione venga esperita davanti al giudice competente, mentre al secondo comma dello stesso articolo vi è un rinvio espresso agli art. 669 bis e ss. c.p.c. per disciplinare il procedimento dell'azione inibitoria incoata in via d'urgenza.
Da tale richiamo delle norme del codice di procedura civile ne discende necessariamente che il Giudice competente di cui al primo comma sia il

Giudice Ordinario a meno che non si voglia pervenire alla conclusione (certamente insostenibile) che la giurisdizione cambi a seconda che una stessa azione venga esperita in via ordinaria o in via d'urgenza.
D'altra parte, dall'esame globale della nuova disciplina si evince che il legislatore ha previsto la giurisdizione del Giudice Ordinario anche quando sia parte in causa una persona giuridica che svolge attività di pubblico interesse, o anche una Pubblica Amministrazione.
Infatti, il disposto di cui all'art. 1469 sexies c.c. prevede che venga convenuto in giudizio il "professionista" per accertare il rispetto della disciplina introdotta con la legge n. 52/96.
Nella figura di professionista, espressamente delineata all'art. 1469 bis, comma III, c.c., il legislatore ha ricompreso espressamente anche la Pubblica Amministrazione.
Considerazioni analoghe a quelle sopra svolte portano a ritenere infondata anche l'ulteriore eccezione sollevata dalla Siremar, secondo cui la stessa non rientrerebbe nella categoria di professionista delineata dall'art. 1469 bis, II comma c.c..
Secondo tale assunto il professionista si caratterizzerebbe per esercitare un'attività in forma di impresa, cioè al fine precipuo di produrre un reddito o quanto meno, di coprire i costi con i ricavi, potendo effettuare scelte organizzative libere.
Per contro, la società convenuta avrebbe la finalità fondamentale di assicurare il trasporto marittimo quale servizio di rilevante interesse pubblico, a prescindere dai risultati di gestione e nel rispetto di norme organizzative che le vengono imposte dalla legge e dalla Pubblica Amministrazione.

In altre parole, il perseguimento dell'interesse economico generale sarebbe incompatibile con lo svolgimento di un'attività professionale nell'accezione utilizzata nella norma suddetta.
La superiore tesi interpretativa non può essere condivisa, ancora una volta, in quanto appare palesemente contrastante con la lettera della legge. Infatti, secondo la norma più volte citata " il professionista è la persona fisica o giuridica pubblica o privata che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma".
Nella figura di professionista il legislatore ha quindi ricompreso espressamente sia colui che esercita un'attività imprenditoriale, caratterizzata dal fine primario di produrre reddito, sia colui che svolge un'attività professionale, cioè un'attività di prestazione di servizi e cessione dei beni non necessariamente finalizzata alla produzione di utili, ma che in ogni caso sì avvale di un'organizzazione stabile e duratura, non occasionale.
Nell'ambito della norma in esame il termine “professionale” è utilizzato (non in antitesi a interesse pubblico ma) in contrapposizione al termine “occasionale”, cioè per qualificare un'attività che viene svolta in modo sufficientemente durevole e stabile e con un certo apporto organizzativo.
Il legislatore ha inoltre espresso a chiare lettere che anche la persona giuridica pubblica, che per definizione persegue esclusivamente finalità di interesse generale, può svolgere un'attività professionale o, addirittura, anche imprenditoriale.
Va inoltre osservata l'assoluta irrilevanza dell'avvenuta approvazione del regolamento

contrattuale da parte del Ministero competente con apposito provvedimento.
La norma di cui all'art. 1469 ter, III comma, c.c., esclude la vessatorietà delle clausole solo quando siano riproduttive di disposizioni di leggi, mentre non fa alcuna menzione, a differenza della direttiva comunitaria recepita, delle clausole riproduttive di disposizioni regolamentari (intese quale fonte di legge di natura secondaria).
Da tale omissione gli interpreti hanno correttamente dedotto, pur con alcune perplessità, che il legislatore italiano abbia voluto sottoporre al sindacato giudiziario di vessatorietà anche le clausole che richiamino regolamenti della Pubblica Amministrazione. Pertanto, a maggior ragione devono ritenersi suscettibili di tale controllo le previsioni contrattuali approvate con provvedimento ministeriale che non ha natura di regolamento.
L'oggetto specifico della prestazione dedotta in giudizio - trasporto marittimo - non comporta, come asserito dalla convenuta la non applicabilità della disciplina codicistica a tale fattispecie, a favore dell'applicazione esclusiva del codice della navigazione, bensì, la deroga delle norme del codice civile solo in caso di contrasto del le stesse con la disciplina di natura speciale contenuta nel codice della navigazione, secondo il principio sancito dall'art. 14 delle preleggi.
Pertanto, lungi dal ritenere non applicabili le norme di cui all'art. 1469 bis e ss. c.c. al trasporto marittimo, l'unica conseguenza è che il giudizio di abusività delle clausole riguardanti il trasporto marittimo deve essere effettuato con riferimento alla disciplina di natura speciale, contenuta nel codice della navigazione, e poi con riferimento alle

norme del codice civile, ove queste non siano derogate dalla disciplina speciale.
Passando all'esame nel merito della dedotta abusività delle clausole utilizzate dalla società convenuta si rileva: l'art. 1469 bis, c.c., al III comma n. 9 prevede che "si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di inadempimento inesatto da parte del professionista". Al n.18 dello stesso articolo la norma vieta di "sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni ... ".
L'ipotesi di soppressione della partenza della nave è disciplinata dall'art. 403 del cod. nav. nel seguente modo: nel caso in cui il viaggio non può essere effettuato con una nave che parte successivamente il contratto di trasporto è senz'altro risolto.
Nel caso in cui vi sia un'altra nave che parta successivamente, ovviamente con lo stesso itinerario, il passeggero può a sua scelta ed alternativamente effettuare il viaggio con altra nave - ove ciò sia possibile - o risolvere il contratto.
In entrambi i casi, di risoluzione del contratto o di partenza con altra nave, il viaggiatore ha diritto al risarcimento del danno subito, ove ne ricorrano i presupposti.
L'entità del risarcimento non è sottoposto ad alcun limite minimo, salvo che l'inadempimento da parte del vettore (parziale o totale) sia dovuto a giustificato motivo, nel qual caso l'entità del risarcimento non potrà superare il doppio del costo del biglietto.

Rispetto alla suddetta disciplina l'art. 15, II comma, delle condizioni generali di contratto utilizzate dalla convenuta limita i diritti del passeggero; infatti, sancisce che "se la società è costretta a sopprimere la partenza della nave ed il passeggero non intende avvalersi della facoltà di effettuare, ove ciò sia possibile, il viaggio con un'altra nave della società stessa, la quale parta successivamente.

Appare evidente che l'espressione "costretta a sopprimere la partenza" utilizzata dalla società convenuta, di tenore generico e non tecnico-giuridico, non coincide con quella di "causa non imputabile" o "giustificato motivo", ma si riferisce esclusivamente alla mancanza di volontà, cioè di dolo nell'inadempimento, ma non anche alla mancanza di colpa.

Secondo tale clausola il passeggero che sceglie di effettuare il viaggio con altra nave che parta successivamente non ha diritto ad alcun risarcimento del danno; se invece il passeggero preferisce risolvere il contratto, anche in questo caso non ha diritto al risarcimento del danno, ma esclusivamente alla restituzione del prezzo, qualunque sia stato il motivo di soppressione; della partenza, anche dovuto a colpa del vettore.

Occorre precisare che l'identificazione del mezzo con cui viene effettuato il trasporto, sempre che si tratti di natante appartenente allo stesso genere (es. motonave o aliscafo), appare un elemento della prestazione sicuramente ininfluente rispetto all'interesse del viaggiatore, pertanto, sotto questo profilo, la previsione di un'obbligazione alternativa a carico del professionista non assume i connotati della vessatorietà.

Tuttavia - come esattamente rilevato dal Collegio del reclamo avverso il provvedimento di inibitoria emanato in via d'urgenza da questa decidente – la clausola in questione prevede una ulteriore modifica della prestazione, relativa all'elemento temporale della stessa, ove prevede che il consumatore si avvalga di una nave che parta "successivamente ", quindi, sotto questo profilo, la prestazione deve ritenersi (quanto meno) inesatta.

L'impossibilità di ottenere un risarcimento (o del danno sia nel caso di partenza successiva con altra nave, che nel caso di risoluzione del contratto) è indubbiamente una "limitazione dei diritti del consumatore in caso di inadempimento" vietata dall' art. 1469 bis, n. 2 c.c..

Tuttavia l'estratto della clausola n. 15 delle condizioni generali di contratto è conforme ai principi generali in tema di inadempimento, oltre che alla norma di cui all'art. 402 del cod. nav. Infatti prevede che l'inadempimento (ritardo o mancata partenza) derivante da causa non imputabile al vettore dà luogo esclusivamente al diritto del passeggero di ottenere la restituzione del prezzo del biglietto

Tuttavia, l'estratto di condizioni generali distribuito al pubblico (vedi copia in atti) prevede che la Siremar S.p.A. non risponde di modifiche improvvise (di itinerari o di orari) dovute, oltre che a forza maggiore, anche a "motivi tecnici"

Non può condividersi l'assunto di parte convenuta secondo cui i motivi tecnici sono necessariamente ancorati a dati obiettivi, quindi indipendenti dalla condotta del vettore.

Infatti, una condotta colposa del vettore o dei suoi ausiliari, per esempio relativa alla manutenzione del mezzo o allo svolgimento di determinate

manovre. si può ripercuotere su impedimenti di natura tecnica.
Pertanto, rara espressione ricomprende qualunque tipo di inadempimento, anche gravemente ente colpevole, che si ripercuota sugli aspetti tecnici della prestazione in violazione della norma citata.
L'ipotesi di danno subito dal passeggero a causa del ritardo o della mancata esecuzione del trasporto è prevista dall'art. 408 cod. nav., che sancisce una presunzione di responsabilità a carico del vettore, salvo che questi non fornisca la prova contraria della mancanza di colpa.
Medesima presunzione di responsabilità è prevista per i danni alle persone ed alle cose nel corso del trasporto rispettivamente dagli arti. 409 e 412 cod. nav. e dagli artt. 1981 e l693 cc. Ribaltando la suddetta presunzione *iuris tantum*, l'art. 17 delle condizioni generali di contratto dedotte in giudizio prevede l'esonero di responsabilità del vettore in una serie di ipotesi di danno alla persona o alle cose nel corso del trasporto, o derivante da mutamenti di itinerari o di orari, salvo che il passeggero non provi che il danno stesso sia derivato da causa imputabile alla società. La suddetta inversione dell'onere della prova è espressamente vietata dall'art. 1469 bis, c.c. III comma, n. 18.
Infine, l'art. 21 delle condizioni generali prevede come foro convenzionale competente a conoscere le controversie derivanti dal contratto quello del luogo dove ha sede la società, in palese contrasto con la norma di cui al n. 19 dell'art. 1469 bis c.c., la quale sancisce che il foro convenzionale non può essere diverso da quello del luogo ove il consumatore ha la residenza o il domicilio.

La società convenuta ha eccepito che tale previsione è dettata dalla ragionevole esigenza di ridurre i costi di gestione, lasciando intendere in tal modo che la suddetta ratio sottesa alla norma varrebbe ad escludere la vessatorietà presunta prevista dall'art. 1469 bis III comma primo periodo c.c.

Anche volendo riconoscere come tale l'unico intento perseguito dalla clausola in esame, e quindi escludere in tal modo la volontà della convenuta di volere approfittare a proprio vantaggio della posizione debole del contraente aderente, non può non rilevarsi che in concreto tale previsione ha l'effetto di determinare malgrado la buona fede, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" a svantaggio del consumatore.

Infatti, in tutte le ipotesi in cui quest'ultimo risieda in un luogo diverso da quello ove ha sede la società di trasporto, la tutela giurisdizionale dei propri diritti diventerebbe palesemente antieconomica, in rapporto al valore dei diritti stessi di cui viene chiesta la tutela, che in alcune ipotesi potrebbe essere limitato anche solo al prezzo del biglietto.

Pertanto, la tutela dell'esigenza di limitazione dei costi da parte del vettore finirebbe per ridurre eccessivamente l'effettività della tutela giurisdizionale del consumatore, determinando l'eccessivo squilibrio" non voluto dalla norma.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, va ritenuta l'abusività delle clausole sopra esaminate e conseguentemente ne deve essere inibito l'uso alla convenuta.

Inoltre, tenuto conto dell'applicazione delle clausole dedotte in giudizio ad un numero indeterminato e certamente rilevante dì rapporti contrattuali,

appare opportuno, in accoglimento della relativa richiesta attrice, ordinare la pubblicazione del dispositivo della presente sentenza, per estratto e per una sola volta, sul quotidiano "Giornale di Sicilia", con avviso di dimensioni non inferiori a cm 15 per cm 15 a cura e spese della convenuta, al fine di assicurare una maggiore diffusione possibile della presente pronuncia.
Cosi deciso, in Palermo 3 febbraio 1999

*****

VIII. Tribunale di Palermo, ordinanza 29 dicembre 1999, dep. 10 gennaio 2000, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G e A. Palmigiano) c. AMAP (Avv.ti A. Frenda, D. Lo Iacono, P. S. Marano , G. Ragonese), Giudice D'Antoni

E' devoluta alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia promossa da un'associazione di consumatore, allo scopo di far inibire l'utilizzazione nei contratti di distribuzione dell'acqua, delle clausole abusive predisposte dall'azienda municipalizzata che gestisce il servizio.

L'associazione di consumatori agisce in qualità di ente rappresentativo di interessi di cui sono portatori i singoli consumatori in qualità di contraenti con l'erogatore del servizio idrico e non già in qualità di soggetto delegato alla tutela degli interessi collettivi astrattamente inidonei alla configurazione di una controversia individuale.

Qualora sussista l'esigenza di evitare che contratti vessatori ad altra diffusività, imposti da un professionista che agisca in condizioni sostanzialmente monopolistiche, continuino ad avere efficacia e ad essere stipulati, a scapito di interessi

essenziali dei consumatori, può ritenersi che ricorrano i giusti motivi d'urgenza, richiesti dall'art. 1469 sexies, cpv., c.c., per la concessione della tutela inibitoria cautelare.

Deve essere inibita in via cautelare l'utilizzazione delle clausole, predisposte per regolamentare in modo uniforme i contratti d'utenza conclusi dall'azienda municipalizzata che gestisce il servizio di distribuzione dell'acqua, con cui:

- *si consente all'azienda di rifiutare o revocare la fornitura per gravi motivi, che la stessa può valutare insindacabilmente;*
- *si prevede che l'azienda possa trattenere, sul deposito cauzionale, quanto le spetta per crediti maturati verso l'utenza a qualsiasi titolo;*
- *si consente all'azienda di procrastinare indefinitivamente l'attivazione della presa d'acqua;*
- *si prevede la risoluzione del contratto per l'infrazione di qualsiasi clausola in esso contenuta;*
- *si prevede che il gestore non risponda dei danni conseguenti all'interruzione del flusso dell'acqua o alla riduzione di pressione, da qualsiasi causa tali fenomeni siano provocati;*
- *si prevede, a carico dell'utente, l'obbligo di pagare il corrispettivo con le modalità indicate nelle bollette e nelle fatture;*
- *si impedisce all'utente l'esperimento dell'adozione risarcitoria nelle ipotesi in cui l'azienda disponga l'interruzione della fornitura a seguito di inadempimenti non gravi;*
- *si attribuisce all'azienda la facoltà di limitare la portata massima istantanea erogabile attraverso il contatore, senza indicare le condizioni che ne giustificano l'esercizio;*
- *si prevede che, in caso di guasto del contatore, ed in mancanza di riferimento a consumi precedenti, il*

consumo possa essere determinato dall'azienda sulla base di accertamenti tecnici e criteri insindacabili;

- *si consente all'azienda di modificare le disposizioni del regolamento per la distribuzione dell'acqua, semplicemente dandone comunicazione sull'albo aziendale;*
- *si pone a carico dell'utente ogni onere presente e futuro inerente alla fornitura, anche se non espressamente indicato nel contratto e sopravvenuto nel corso del rapporto a degli idranti e senza assumere responsabilità per il loro funzionamento.*

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
Prima Sezione Civile

G.D. DOTT. GIOVANNI D'ANTONI
Adiconsum - Associazione regionale difesa consumatori ed ambiente, rappr.ta e difesa dagli Avv.ti Gaetano e Alessandro Palmigiano

RICORRENTE

Contro

Azienda Municipalizzata Acquedotto di Palermo, rappr.ta e difesa dagli Avv.ti Antonino Frenda, Dorella Lo Iacono, Pia Stella Marano e Giuseppe Ragonese

RESISTENTE

IL G.D.

Letto il ricorso con cui l'Associazione regionale difesa consumatori e ambiente (ADICONSUM) ha chiesto - ai sensi dell'art. 1469 sexies c.c. - l'inibizione delle clausole nn. 5, 15, 16, 17, 21, 25, 26, 28, 30, 31, 33, 37, 38, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 52 e 53 del

Regolamento per la distribuzione dell'Acqua utilizzate dall'Azienda Municipalizzata Acquedotto di Palermo; letta la comparsa di costituzione dell'AMAP); letta la memoria di replica della ricorrente; sentite le parti e visti gli atti;

OSSERVA

1) Esigenze di priorità logica impongono preliminarmente l'esame delle eccezioni di difetto di giurisdizione e di difetto di legittimazione attiva sollevate dal resistente, ed al riguardo può subito dirsi che la ricostruzione critica dell'attuale quadro normativo milita nel senso della loro infondatezza.

1 a) Con riferimento alla prima, l'art 33 del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 80 - espressamente richiamato dalla resistente a sostegno dell'eccezione in commento - devolve in effetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ma dopo aver elencato esemplificativamente le principali tipologie di controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, specifica (comma 2, lett. f) che queste comprendono anche quelle concernenti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell' espletamento di pubblici servizi, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati.

Alla stregua di tale ultima notazione la controversia nella specie promossa dalla ricorrente può ben ritenersi ancora devoluta alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, atteso che l'ADICONSUM agisce in

qualità di ente rappresentativo di interessi di cui sono portatori i singoli consumatori in qualità dì contraenti con l'ente erogatore del servizio idrico, e non già in qualità di soggetto delegato alla tutela di interessi collettivi astrattamente inidonei alla configurazione di una controversia individuale.

Spunti di riflessione in tal senso, del resto, possono cogliersi nell'ordinanza del 15 dicembre 1998 n.1884 con cui il Consiglio di Stato, nel valutare il ricorso proposto dal Codacons contro la decisione relativa al trasferimento di voli dall'aeroporto di Linate a quello di Malpensa, ha appunto incidentalmente affermato la giurisdizione amministrativa nell'ipotesi - all'evidenza diversa da quella che qui ci occupa - di ricorso promosso da un'associazione portatrice di un interesse collettivo riconducibile ad una serie indeterminata di soggetti non legati da alcun vincolo contrattuale con l'ente gestore del servizio.

L'interesse tutelato dalla ricorrente costituisce quindi una mera sommatoria di interessi individuali degli utenti dell'AMAP, e si giustifica perciò l'intervento del giudice ordinario per valutare la vessatorietà, o meno, delle clausole contenute in contratti che seppur sottesamente connotati da interesse pubblico si caratterizzano comunque per l'assenza di poteri autoritativi e sono perciò assoggettati alla disciplina civilistica di cui agli art. 1469 bis e ss. c.c..

1b) L'eccezione di difetto di legittimazione attiva è smentita invece dalla considerazione

che non risulta ancora pubblicato - al momento dell'assunzione del ricorso in decisione - l'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale previsto dall'art. 5 della L. 30 luglio 1998 n 281 (Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti), di tal che non può farsi ancora ricorso, al fine di valutare la sussistenza della legittimazione attiva dell'ADICONSUM, al criterio dettato dall'art. 3 della citata Legge (diversamente da quanto prospettato dall'AMAP), che altrimenti per le associazioni rappresentative resterebbe esclusa in radice la possibilità di agire per l'inibizione delle clausole vessatorie, in contrasto sia col disposto di cui allo stesso art. 1469 sexies c.c. sia con l'art. 7 della direttiva 93/13/CEE concernente appunto le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

Siffatta norma, invero, prevede espressamente che gli Stati membri devono fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un - professionista e dei consumatori, ed aggiunge che i messi di cui al paragrafo I 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 ed applichino mezzi

adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole. Non v'è dubbio che posticipare, fino al momento della costituzione dell'elenco di cui all'art. 5 della L. 30 luglio 1998 n. 281, la possibilità, per le organizzazioni rappresentative dei consumatori, di adire l'autorità giudiziaria, costituirebbe un'illegittima compressione delle possibilità riconosciute dalla direttiva europea, e svuoterebbe di efficacia anche la legittimazione che l'art. 1469 sexies c.c. attribuisce direttamente alle associazioni rappresentative dei consumatori a prescindere dall'inserzione in qualsiasi speciali elenco.

Spetta al giudice ordinario, quindi, accertare se le associazioni o organizzazioni di volta in volta rivoltesi all'autorità giudiziaria abbiano, o meno, le caratteristiche idonee per poterle considerare legittimate a rappresentare i consumatori, ed in tale prospettiva non pare dubitabile il riconoscimento in capo all'ADICONSUM dei requisiti all'uopo necessari, siccome inserita in una più ampia struttura dotata di ben 111 sedi diffuse sull'intero territorio nazionale ed attivamente impegnata per la tutela, l'informazione, e l'assistenza dei consumatori, come ampiamente risultante dalla documentazione prodotta dalla ricorrente, ed in particolare dal resoconto sull'attività svolta e sui programmi in via di attuazione contenuti nel periodico di informazione datato 26 marzo 1999.

Risulta peraltro che l'ADICONSUM contribuisce a comporre il Consiglio Nazionale Consumatori e Utenti di cui all'art.

4 della L. 281/98 (si veda il doc. 5 della documentazione prodotta dalla resistente) ed il Consiglio Regionale dei Consumatori e degli Utenti (decreto del Presidente della Regione Siciliana n. 61 del 14 marzo 1996, doc. 4 della produzione della ricorrente), ed ha già avuto pertanto formali riconoscimenti del rilievo della propria attività in relazione alla tutela degli interessi dei consumatori rappresentati.

Nè il ricorso risulta inammissibile - diversamente da quanto prospettato dalla resistente - a causa della mancanza dell'atto di diffida e messa in mora previsto dall'art. 3 della L.281/98 quale presupposto per la proposizione della domanda giudiziale.

Quand'anche il citato art. 3 dovesse ritenersi applicabile pur in mancanza della formazione del ripetuto elenco di cui all'art. 5 della stessa Legge, risulta infatti che con atto notificato il 27 marzo 1999 il legale rappresentante dell'ADICONSUM diffidò l'AMAP ai sensi del 5° comma della L.281/98, e con raccomandata ricevuta dal destinatario il 23 aprile 1999 l'avvocato Palmigiano, per conto e nell'interesse dell'ADICONSUM, reiterò l'invito a modificare le clausole vessatorie contenute nel regolamento per la distribuzione dell'acqua.

2) Passando alla valutazione dei presupposti per l'inibitoria di cui al 2° comma dell'art. 1469 sexies c.c., è innanzitutto da evidenziare che il Legislatore richiede la sussistenza di "giusti motivi d'urgenza", ed utilizza con ciò una formula (riproposta dalla L. 281/98) del tutto innovativa (e da

numerosi commentatori stigmatizzata come "sfuggente", "inafferrabile", "ambigua", o più semplicemente "fonte di disagio"). La scelta sembra rispondente all'esigenza di svincolare la tutela cautelare in questione dal più rigido presupposto del "pregiudizio imminente e irreparabile" di cui all'art. 700 c.p.c., ma non può dubitarsi del fatto che oltre ad una valutazione sul fumus boni iuris - id est sulla vessatorietà delle clausole contrattuali – il giudice debba procedere anche all'esame della sussistenza di un periculum in mora, ovverosia di una situazione tale da giustificare l'anticipazione degli effetti di una decisione che altrimenti potrebbe essere adottata solo in esito al procedimento di inibitoria ordinaria di cui al 1° comma del ripetuto art. 1469 sexies c.c..

Non sembrano del tutto condivisibili in parte de qua, infatti, le osservazioni formulate il 7 maggio 1998 dal Governo Italiano nella procedura d'infrazione 98/2026 aperta dalla Commissione Europea per l'inesatto recepimento della direttiva 93/13/CEE, segnatamente là dove si afferma che il procedimento delineato dall'art. 1469 sexies, comma 2, si inserisce tra i procedimenti cautelari nei quali il legislatore esplicitamente consente che il giudice possa (e debba) emanare un provvedimento cautelare prescindendo da qualsiasi indagine sulla sussistenza del periculum, e ciò perché è lo stesso legislatore ad aver valutato a livello di previsione generale e astratta l'esistenza di un periculum. Siffatta impostazione, azzerando la rilevanza

dell'indagine del giudice sul periculum in mora, svilisce invero la sindacabilità dei giusti motivi d'urgenza richiesti dal legislatore proprio nel 2° comma dell'art. 1469 sexies, e finisce col creare le premesse per una vera e propria fagogitazione della tutela ordinaria in quella urgente, che dovrebbe invece essere accuratamente esclusa proprio per mantenere la differenziazione tra due distinti rimedi previsti dal legislatore nell'ambito di una stessa disposizione normativa.

Vero è, piuttosto, che l'accertamento sull'esistenza del periculum deve essere condotto con criteri più sfumati rispetto a quelli previsti dalla citata norma del codice dì rito, onde valorizzare adeguatamente la differenziazione tra il 2° comma dell'art. 1469 sexies c.c. e l'art. 700 c.p.c. voluta dal Legislatore ed oggettivata nell'innovativa formula sopra riportata.

Nell'incertezza giurisprudenziale sul punto (si veda esemplificativamente il florilegio di ordinanze del Tribunale di Roma pubblicate su F.I., 1999, I, 3331 e sgg.), ed a fronte di un'oggettiva difficoltà di individuare un criterio discretivo tra tutela inibitoria ordinaria e urgente che da un lato non comporti la totale fagocitazione della prima nella seconda o, al contrario, non finisca col minimizzare l'applicabilità di quest'ultima relegandola ad ipotesi talmente marginali da renderla sostanzialmente inattuata, appare ragionevole e sufficiente individuare i giusti motivi d'urgenza quanto meno nell'esigenza di evitare che contratti vessatori ad alta

diffusività ed imposti da un contraente che agisce in condizioni sostanzialmente monopolistiche continuino a spiegare efficacia, e soprattutto - ad essere stipulati, in danno di interessi dei consumatori con caratteristiche di essenzialità.

Tanto appare coerente col sistema delineato dal Legislatore, in linea con le considerazioni dell'esecutivo (complessivamente improntate verso un'interpretazione della norma idonea a consentirne la massima attuazione possibile), e rispondente allo spirito dell'Autore della direttiva comunitaria 93/13/CEE - al quale deve informarsi il giudice di ogni Stato membro – così come significativamente interpretato dalla Commissione Europea con l'apertura della procedura d'infrazione verso l'Italia.

E' tanto e proprio quel che accade nel caso di specie, vertendosi appunto in materia di contratti stipulati dall'Azienda che nel territorio del Comune di Palermo gestisce in condizioni sostanzialmente monopolistiche il servizio idrico, e cioè un servizio incidente su interessi primari dei cittadini. Ricorrono le condizioni, pertanto, per ritenere sussistente, nello specifico caso, il requisito del giusto motivo di urgenza, e per passare alla valutazione del *fumus boni iuris*, ovverosia della vessatorietà delle clausole stigmatizzate dal ricorrente.

3) Orbene, riservando doverosamente al giudizio di merito la più approfondita analisi e trattazione delle clausole stigmatizzate dalla ricorrente, va in questa sede osservato:

Clausola n. 5): Modalità di recesso del contratto di fornitura

L'ADICONSUM censura la clausola n 5 perché imporrebbe al consumatore un termine (3 mesi) eccessivamente lungo per esercitare il diritto di recesso, laddove poi all'intempestivo esercizio di tale diritto conseguirebbe la rinnovazione del contratto per altri cinque anni.

La censura trova un riferimento normativo nell'art. 1469 bis, 3° comma, n.9, che presume la vessatorietà delle clausole che stabiliscono, per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione, un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto, ma a ben vedere il termine di tre mesi non appare intollerabile per l'utente, avuto riguardo sia alla natura ed all'oggetto della prestazione, sia ai tempi di previsione ordinariamente inerenti al rilascio di un immobile, in definitiva determinanti ai fini della previsione di cessazione del contratto di utenza idrica. La rigidità della clausola trova ragionevole mitigazione, peraltro, là dove la stessa prevede la cessazione del contratto, anche in mancanza di preavviso, in caso di stipula di un nuovo contratto per la stessa presa.

Clausola n.15): Rifiuto o revoca delle forniture.

L'ADICONSUM censura la clausola n.15 perché questa, consentendo all'AMAP di rifiutare o revocare in qualsiasi tempo le forniture per usi diversi da quello domestico ove sorgano gravi motivi che spetta

all'Azienda valutare insindacabilmente, consentirebbe al professionista di interpretare unilateralmente una clausola del contratto e di limitare la propria responsabilità in caso di inadempimento, in violazione dell'art. 1469 bis, 3 comma, nn. 1, 2, 14 e 18, e dell'art. 1469 quinquies nn. 1 e 2. La censura è fondata, perché la clausola, oltre a consentire all'Azienda di rifiutare o revocare la fornitura ove di verifichino condizioni eccezionali di erogazione o di servizio - la qual cosa richiama la nozione di "forza maggiore" o di "evento imprevedibile" che ben può giustificare l'interruzione del servizio - attribuisce all'Azienda anche la possibilità di interrompere la somministrazione per motivi la cui gravità è rimessa alla sua unilaterale ed insindacabile valutazione, con inaccettabile esposizione dell'utente al rischio di un'incomprensibile revoca di un servizio essenziale, peraltro fornito in regime sostanzialmente monopolistico, e per di più in assenza della possibilità di agire fruttuosamente (proprio a cagione dell'abdicazione, in favore del professionista, dì ogni decisione al riguardo) per il ripristino della fornitura o per il risarcimento dei danni. L'ipotesi integra perciò quanto meno le fattispecie indicate dalla ricorrente.

Clausola n. 16): Contratto di fornitura - Versamenti

L'ADICONSUM censura la clausola là dove prevede che l'AMAP alla scadenza del contratto possa trattenere - sulla somma originariamente versata a titolo di garanzia

del pagamento dei consumi - quanto spettantele per qualsiasi titolo attinente all'utenza. La genericità dell'espressione "a qualsiasi titolo" violerebbe, secondo la ricorrente, le stesse norme indicate con riferimento alla clausola n. 15, e costituirebbe inoltre violazione degli artt. 1782 e 1815 c.c. là dove non viene prevista alcuna remunerazione sul deposito cauzionale.

Anche tale censura è fondata: l'AMAP, infatti, può legittimamente trattenere la somma in deposito per compensare il credito maturato per il pagamento di consumi, tale essendo il motivo contrattualmente convenuto per il deposito al momento della stipula del contratto (la stessa clausola premette infatti: al momento della stipula del contratto l'utente dovrà versare, a garanzia del pagamento dei consumi, una somma pari all'importo, a tariffa vigente di 95 metri cubi per ogni contatore di 13 mm.), ma non può certo – se non alterando inaccettabilmente l'equilibro negoziate - trattenere il deposito per compensare crediti maturati per titoli diversi, sia pur attinenti all'utenza, quale potrebbe essere - a titolo meramente esemplificativo - un risarcimento per presunti danni arrecati dall'utente agli impianti.

La clausola determina in parte qua, pertanto, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, mentre non altrettanto può dirsi per la mancata previsione di una remunerazione del deposito, attesa la sua natura di pegno irregolare.

Clausola n. 17): Decorrenza dei contratti.

L'ADICONSUM censura la clausola là dove questa non prevede un termine per l'attivazione della presa d'acqua, mentre il precedente art. 16 impone all'utente di pagare un deposito infruttifero ed una cauzione già al momento della stipula del contratto.
In questo caso il significativo squilibrio delle prestazioni è addirittura evidente, risolvendosi - unitamente alla clausola n. 16 - nell'imposizione, sull'utente, di un sacrificio immediato senza alcuna indicazione sui tempi di attivazione dell'impianto, con preclusorie, in definitiva, della necessaria programmazione sui tempi di possibile utilizzo di un immobile. Vi è peraltro una violazione dell' art. 1469 bis, 3° comma, n. 2 e n. 20 c.c., perché la clausola, consentendo al professionista di procrastinare indefinitamente l'attivazione della presa, finisce con l'escludere la possibilità, per l'utente, di pretendere alla scadenza di un determinato termine l'esecuzione della prestazione e di proporre ogni altra azione al riguardo utile, ed in definitiva subordina la prestazione alla volontà del professionista, finendo con l'attribuirgli sostanzialmente una facoltà di recesso ad nutum, vessatoria ai sensi dell'art.1469 bis, 3° comma n. 7 c.c..
Clausola n. 21): Risoluzione per inadempimento.
L'ADICONSUM censura la clausola perché questa, prevedendo la risoluzione del contratto per l'infrazione di qualsiasi patto contrattuale, configurerebbe un ulteriore

profilo di squilibrio tra le posizioni delle parti.
Anche tale censura è fondata, dal momento che l'ampiezza della formula utilizzata nel contratto svincola la risoluzione dai criteri di risoluzione previsti dal codice civile, al duplice scopo di esercitare nei confronti dell'utente una coazione incompatibile con l'equilibrio tra i contraenti nella particolare condizione di sostanziale monopolista del fornitore, e di sottrarre al consumatore la possibilità di sollecitare un sindacato sulla gravità dell'inadempimento onde evitare l'interruzione di un servizio di sì
rilevante entità.
Clausola n. 25); Opere di presa.
L'ADICONSUM censura la clausola perché questa, consentendo all'AMAP di riparare i guasti o i danneggiamenti delle opere di presa - e cioè di «tubazioni, apparecchiature, e manufatti che dalla condotta di distribuzione vanno fino alla saracinesca installata dopo l'apparecchio di misura» - imputabili ad opera di terzi od a fatti non rientranti nell'ordinaria manutenzione, e di riversarne l'onere economico sull'utente, farebbe gravare su quest'ultimo fatti a lui non imputabili e consentirebbe al professionista di addebitare un costo non verificabile dal consumatore, tra l'altro in contrasto col n. 18 del 3° comma dell'art. 1469 bis c.c..
Nella memoria del 30 luglio 1999 la ricorrente si duole inoltre della contraddittorietà insita nel divieto di riparazione posto a carico dell'utente proprietario delle opere.

La disposizione va valutata tenendo conto del fatto che a norma della stessa clausola l'opera di presa viene eseguita dall'AMAP con modalità e criteri concordati con l'utente, e diviene proprietà di quest'ultimo (con eccezione del misuratore che viene assegnato all'utente in custodia), al quale tuttavia è fatta «tassativa proibizione» di provvedere direttamente a qualsiasi operazione di verifica, manovra, modifica, manutenzione e riparazione dell'opera stessa. È previsto molti e a carico dell'utente il pagamento di un canone di manutenzione ordinario forfetario trimestrale.

In questo caso la clausola appare legittima.

In un'ottica di necessaria tutela di un bene di fondamentale importanza qual'è l'acqua, specie nelle condizioni locali notoriamente caratterizzate da diffuse carenze idriche e dalle connesse difficoltà di approvvigionamento per la popolazione, non può omettersi, invero, il rilievo che qualsiasi maldestro intervento sulle opere di presa potrebbe tradursi in una inutile dispersione del prezioso liquido a danno della collettività e della continuità del servizio. Si giustifica, quindi, avuto riguardo alla natura dell'oggetto del contratto, una compressione delle facoltà ordinariamente inerenti al diritto dominicale sulle opere di presa spettante all'utente, fermo restando che proprio l'utente, in quanto proprietario delle opere, deve coerentemente sostenere ogni spesa di riparazione, ovviamente salvo rivalsa - secondo i criteri generali – nei confronti di terzi eventualmente responsabili. La clausola,

peraltro, non attribuisce all'AMAP il potere di quantificare insindacabilmente la spesa per la riparazione da riversare sull'utente, ed è salvo perciò il diritto del consumatore ad una quantificazione dei lavori conformi al prezziario approvato dall'Amministrazione Comunale o dalla Regione Siciliana.

Clausola n. 26): Modifiche dell'opera di presa.

La clausola prevede la possibilità, per l'AMAP, di modificare l'opera a suo insindacabile giudizio, come pure di unificare più opere di presa restando a carico dell'utente le opere di modifica degli impianti interni consequenziali a quanto eseguito.

Ad avviso della ricorrente la clausola sarebbe vessatoria a norma dei nn. 14 e 18 del 30 comma dell'art. 1469 bis c.c..

Anche tale clausola, che del resto è stata censurata dall'ADICONSUM del tutto laconicamente, è legittima, perché la natura del contratto e della prestazione giustifica l'attribuzione al professionista della possibilità di intervenire sulle opere inerenti agli impianti di distribuzione onde adeguarle alle esigenze complessive del servizio.

Clausola n. 28): Recupero dell'opera di presa.

La clausola prevede che alla scadenza del contratto l'AMAP ha il diritto di ritirare le attrezzature di sua proprietà, e stabilisce inoltre il distacco della diramazione di utenza dalle condotte distributrici a spese dell'utente.

Le censure della ricorrente rimandano tout court a quanto illustrato con riferimento alla clausola n. 25, ed anche ai fini della valutazione di legittimità appare sensato

richiamare quanto esposto a proposito delle "Opere di presa".

Clausola n. 30): Sospensioni temporanee della somministrazione acqua o riduzione di pressione.

La clausola stabilisce che l'AMAP non risponde dei danni conseguenti all'interruzione del flusso dell'acqua o dalla riduzione di pressione, da qualsiasi causa provocata. Aggiunge poi che l'utente non può pretendere per l'interruzione di flusso alcun risarcimento di danno o rimborso spese.

Siffatta clausola non può andare esente da una severa censura di vessatorietà, essendo evidente che l'ampia formula di esonero del professionista da responsabilità integra la fattispecie astrattamente prevista dai art.1 e 2 del 3° comma dell'art. 1469 bis c.c., escludendo in radice la possibilità per il consumatore di agire per il risarcimento del danno anche per riduzioni o sospensioni della somministrazione direttamente imputabili all'Azienda erogatrice e non giustificate da caso fortuito, forza maggiore o motivi espressamente previsti dal contratto.

Clausola n. 31): Pagamenti.

Ad avviso dell'ADICONSUM il primo comma della clausola n. 31, nel prevedere a carico dell'utente l'obbligo di pagare il corrispettivo nella misura, nei termini e con le modalità indicate nelle bollette e nelle fatture, comporterebbe l'adesione del consumatore a pattuizioni non conosciute al momento della stipula del contratto, e consentirebbe altresì l'aumento del prezzo già concordato.

Il 3° comma, nel prevedere che l'utente moroso non può pretendere alcun risarcimento di danni derivanti dall'interruzione della fornitura, limiterebbe inammissibilmente i diritti del consumatore.
Orbene, per quanto attiene alla misura del corrispettivo, l'Azienda ha chiarito che la tariffa viene fissata nel rispetto del principio del pareggio di bilancio, ai sensi dell'art. 23, comma IV, della L.142/90, recepito dalla L.R. 48/91, e determinato dall'Amministrazione Comunale tenendo conto dei principi fissati dalla L. n. 36/94 e delle direttive periodicamente emanate dal CIPE.
Tanto costituisce per l'utente una garanzia sufficiente, tenuto conto sia della terzietà dell'Amministrazione Comunale rispetto all'AMAP, sia dei criteri di economicità ai quali è tenuta ad informarsi l'AMAP in qualità di azienda speciale. La - generalmente - lunga durata dei contratti di somministrazione, poi, non consente di ritenere possibile né una tariffa inalterabile a far data dalla stipula del contratto, né una rinegoziazione della stessa con tutti gli utenti ogniqualvolta maturino le condizioni per l'aumento del prezzo, e non sembra ravvisabile, in definitiva, una sostanziale alterazione dell'equilibrio negoziale inerente alla particolare natura del contratto in questione.
A diversa conclusione deve invece pervenirsi avendo riguardo ai termini ed alle modalità di pagamento del corrispettivo, ove si consideri che l'utente dovrebbe essere in grado di conoscere gli unì e le altre già al momento della stipula del contratto, coerentemente con

quanto stabilito dal n. 10 del 3° comma dell'art. 1469 bis c.c., e non può essere sottoposto a variazioni - se per giustificati motivi da indicare preventivamente nel contratto - decise unilateralmente dal professionista in contrasto con la previsione di cui all'art. 1469 bis, 3°comma, n. 11.

Il 3° comma della clausola in esame (l'utente moroso non può pretendere alcun risarcimento di danni derivanti dall'interruzione della fornitura) va letto congiuntamente al 2°, che prevede il diritto dell'AMAP di sospendere la fornitura o risolvere il contratto in caso di pagamenti non comprendenti tutto quanto dovuto dall'utente.

Nella sua impostazione complessiva la pattuizione appare allora vessatoria, perché consente in pratica all'Azienda di risolvere il contratto anche in caso di inadempimenti dell'utente privi delle necessarie caratteristiche di gravità, riversandogli peraltro anche i rischi derivanti da inadempimenti inimputabili ed impedendogli, quanto meno in queste ipotesi, l'esperimento delle azioni risarcitorie, in contrasto con i nn. 1, e 2 dell'art. 1469 bis c.c..

Clausola n. 33): Limitazione della erogazione massima istantanea.

La clausola prevede la facoltà, per l'Azienda, di limitare la portata (a massima istantanea erogabile attraverso il contatore) e l'ADICONSUM la censura correttamente là dove non vengono anche indicate le condizioni per l'esercizio della facoltà stessa. E di certo condivisibile, infatti, la spiegazione

fornita dalla resistente, secondo cui la clausola risponderebbe all'esigenza di consentire una riduzione di erogazione ben suddivisa tra tutti gli utenti in caso di emergenza idrica, ma non può omettersi il rilievo che siffatto giustificato motivo dovrebbe essere preventivamente indicato nel contratto, onde rendere l'utente edotto del possibile motivo di riduzione della limitazione del contatore e, al contempo, sottrarlo al rischio di iniziative arbitrarie o ingiustificate dell'AMAP che alla stregua dell'attuale formulazione della clausola devono invece ritenersi consentite.

Clausola n. 37): Lettura dei contatori.

La clausola prevede che ove per atto non imputabile all'utente non sia stata rilevata la lettura del contatore, il consumo viene calcolato secondo criteri presuntivi, e secondo l'ADICONSUM ciò violerebbe il n. 18 dell'art. 1469 bis c.c..

In questo caso non appare sussistente alcuna violazione dei diritti del consumatore, tenuto conto del fatto che questi a norma della clausola n. 40 ha comunque facoltà di comunicare all'AMAP i propri consumi, ovviando cosi ad eventuali omissione di lettura da parte del personale dell'Azienda, e considerato anche che il calcolo presuntivo non può che essere eseguito salvo conguaglio, e perciò senza alcun pregiudizio per le ragioni dell'utente.

Clausola 38): Irregolare funzionamento dei contatori – Verifica.

La clausola prevede che in caso di guasto del contatore, o in mancanza di elementi di

riferimento a consumi precedenti, il consumo può essere determinato dall'Azienda su accertamenti tecnici e criteri insindacabili

Per non andare esente dalla censura di vessatorietà, puntualmente formulati dall'ADICONSUM, la norma contrattuale dovrebbe indicare quanto meno i criteri di determinazione presuntiva del consumo, cosi come fatto, del resto, dal 4° capoverso dell'art. 37, e l'assenza di ogni indicazione in tal senso costituisce inaccettabile violazione dell'equilibrio negoziale.

Clausole nn. 45): Serbatoi; 46): Modifiche; 47): Perdite, Danni, Responsabilità; 48): Ispezione degli apparecchi di misura e degli impianti interni.

Tutte le clausole in commento si riferiscono alle opere predisposte dall'utente per l'approvvigionamento dell'acqua, e non prevedono perciò alcun esonero di responsabilità in alcun modo riconducibili all'Azienda. La facoltà di accesso riconosciuta al personale dell'AMAP, peraltro, è giustificata dalla prioritaria esigenza di evitare che la violazione delle norme tecniche indicate nell'art. 45 possa comportare un riflusso dell'acqua dai serbatoi privati alla rete idrica, con rischio per la potabilità del liquido e per la salute pubblica, ed appare perciò comprensibile la stringente disciplina della fattispecie.

Clausola n. 49): Infrazioni.

La norma prevede che i verbali di ispezione redatti dal personale dell'AMAP fatto piena prova fino a prova contraria, e secondo la ricorrente ciò comporterebbe un'illegittima

inversione dell'onere della prova contrastante col disposto di cui al n. 18 del 3° comma dell'art. 1469 bis cc..
La tesi non può però condividersi, perché la clausola non fa altro ribadire che a fronte degli elementi di giudizio costituiti dai verbali redatti a seguito delle ispezioni di cui alla clausola n. 48, spetta all'utente - e non potrebbe essere altrimenti - dimostrare, senza alcuna limitazione, che la situazione è difforme rispetto a quella accertata dall'Azienda. Non si configura, quindi, alcuna violazione dei principi generali in materia di onere probatorio.
Clausola n. 51): Collaudo idranti antincendio.
La clausola prevede che l'utente può chiedere all'AMAP di verificare l'efficienza degli impianti antincendio, e che l'Azienda in tal caso provvede ad inviare sul posto personale per le manovre e la riapposizione dei sigilli percependo un diritto fisso, senza tuttavia garantire l'efficienza degli idranti ed assumere alcuna responsabilità per il loro funzionamento.
Secondo la resistente il suo intervento sarebbe in tal caso limitato all'apertura delle saracinesche di alimentazione degli idranti privati (che a norma della clausola n.50 devono rimanere Sempre sigillate) e alla successiva riapposizione dei sigilli, mentre la vera e propria verifica dell'impianto privato non sarebbe di sua pertinenza.
Siffatta deduzione appare coerente con una lettura complessiva degli artt. 50 (Contratti per impianti antincendi) e 51, ed in tale angolazione è chiaro che l'esonero di

responsabilità dell'AMAP non è ricollegato ad una sua precedente prestazione costituente potenzialmente fonte di responsabilità.
Clausola n. 52): Variazioni delle tariffe e del regolamento.
L'ADICONSUM censura la clausola nella parte in cui questa consente all'Azienda di modificare le disposizioni del regolamento dandone comunicazione a mezzo di pubblicazione sull'Albo Aziendale.
Ed a ben vedere, visto che la clausola non stabilisce alcuna condizione o limitazione alla facoltà di modificare il regolamento (mentre prevede che le tariffe e i canoni soggiacciono alle variazioni legalmente autorizzate ed approvate, con una disposizione che trattando la clausola n. 31 già si detto essere pienamente legittima) e comporta perciò un evidente vessatorietà a termini del l'art. 1469 bis, 3° comma, n. 11 c.c., che vieta appunto al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso.
Clausola n. 53): Spese, tasse ed imposte.
La clausola pone a carico dell'utente ogni onere presente e futuro inerente alla fornitura, anche se non espressamente indicato nel contratto e sopravvenuto nel corso del rapporto contrattuale. L'inefficacia del patto dipende in questo caso dalla previsione di cui all'art. 1469 quinquies n. 3.
Adesivamente alla richiesta del ricorrente, ed in considerazione dell'esigenza - che il legislatore ha inteso tutelare con la statuizione di cui all'ultimo comma dell'art.

1469 bis c.c. - di assicurare gli effetti del provvedimento diffondendo tra gli utenti la conoscenza dell'inefficacia delle clausole contrattuali vessatorie, va disposta la pubblicazione della presente ordinanza sui quotidiani indicati in dispositivo.

P.Q.M.

Respinta ogni altra domanda, eccezione e difesa, in accoglimento del ricorso proposto dall'Associazione regionale difesa consumatori e ambiente (ADICONSUM), inibisce all'azienda Municipalizzata Acquedotto dì Palermo l'uso delle seguenti clausole del Regolamento per la distribuzione dell'Acqua:

- clausola n. 15, nella parte in cui prevede in favore dell'AMAP anche la possibilità di rifiutare o revocare la fornitura per "altri gravi motivi che spetta all'azienda valutare insindacabilmente";
- clausola n. 16, nella parte in cui consente all'AMAP al trattenere il deposito cauzionale per crediti maturati verso l'utente a qualsiasi titolo, anziché esclusivamente a titolo di compensazione con il credito maturato per consumi non pagati dal consumatore;
- clausola n. 17, nella parte in cui non prevede a carico dell'AMAP termine per l'attivazione dell'impianto oggetto del contratto già stipulato dall'utente;
- clausola n. 21, nella parte in cui prevede la risoluzione del contratto per l'infrazione di qualsiasi patto contrattuale;
- clausola n. 30, nella parte in cui esonera l'AMAP da qualsiasi responsabilità per sospensioni temporanee della

somministrazione o riduzione di pressione dipendenti da qualsiasi causa, ivi comprese quelle imputabili all'Azienda e non giustificate da caso fortuito, forza maggiore o motivi espressamente previsti dal contratto;

- clausola n. 31, nella parte in cui non indica già nel contratto i termini e le modalità di pagamento, non prevede le ipotesi che giustificano un mutamento dei termini e delle modalità di pagamento, e non ammette l'utente ad esperire azioni risarcitorie in caso di interruzioni di fornitura disposte dall'Azienda a seguito di inadempimenti non gravi dell'utente;
- clausola n. 33, nella parte in cui non indica i motivi che giustificano l'esercizio della facoltà, riservata all'AMAP, di limitare l'erogazione massima istantanea a contatore;

- clausola n. 38, nella parte in cui non specifica i criteri di determinazione dei consumi in caso di guasto del contatore e di mancanza di elementi di riferimento a consumi precedenti;

- clausola n. 52, nella parte in cui consente all'AMAP di modificare il regolamento liberamente, e non già per giustificati motivi contrattualmente predeterminati;

- clausola n. 53, nella parte in cui pone a carico dell'utente ogni onere presente e futuro inerente alla fornitura, anche se non espressamente indicato nel contratto e sopravvenuto nel corso del rapporto contrattuale.

Rigetta il ricorso per quanto attiene alla richiesta di inibitoria delle clausole nn. 5, 25, 26, 28, 37, 45, 46, 47, 48,49 e 51.

Ordina che la presente ordinanza venga pubblicata, a cura e spese dell'AMAP, sui quotidiani "Repubblica" (cronaca di Palermo) e "Il Giornale di Sicilia", mediante avviso di dimensioni non inferiori a cm. 30 x 20 che rechi l'indicazione degli estremi della controversia, dell'organo giudicante e delle parti litiganti, e riporti la parte del presente dispositivo contenente la motivata elencazione delle clausole inefficaci.
Assegna il termine di 30 giorni per l'inizio della causa di merito. Così deciso a Palermo il 29 dicembre 1999.

*****

IX. Tribunale di Palermo, sez. dist. Monreale, ordinanza 4 luglio 2000, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Acquedotto Consortile del Biviere (Avv. G. Rizzuto), Giudice Guzzo

E' devoluta alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia promossa da un'associazione di consumatori, allo scopo di far inibire l'utilizzazione, nei contratti di distribuzione dell'acqua, delle clausole abusive predisposte dal consorzio che gestisce il servizio.

Posto che la somministrazione dell'acqua soddisfa un'esigenza di carattere primario e che il gestore del servizio di distribuzione opera in regime di monopolio in una parte del territorio servito e in regime di oligopolio nella zona restante, può ritenersi che ricorrano i giusti motivi d'urgenza, richiesti dall'art. 1469 sexies, cpv. c.c., per la concessione della tutela inibitoria cautelare.

La nozione di professionista, di cui all'art. 1469 bis c.c., include anche il soggetto pubblico che operi con modalità tali da non coprire i costi di gestione con i ricavi delle proprie prestazioni, purchè svolga un'attività economica in forma stabile e duratura.

Deve essere inibita in via cautelare l'utilizzazione delle clausole, predisposte per regolamentare in modo uniforme i contratti d'utenza conclusi dal consorzio che gestisce il servizio di distribuzione dell'acqua, con cui:

a) si consente al consorzio di revocare, in qualsiasi tempo, la fornitura ove sorgano gravi motivi, che spetta allo stesso valutare insindacabilmente;

b) si prevede che nell'ipotesi di cambiamento di utenza, in caso di mancata esibizione del titolo di proprietà, il nuovo contratto può stipularsi solo previa dichiarazione del subentrante, il quale assume a suo carico tutti gli obblighi del predecessore, qualora questi non vi abbia adempiuto, e solleva il consorzio da qualsiasi responsabilità nei confronti del predecessore medesimo o dei suoi aventi causa;

c) si prevede che il consorzio non sia responsabile dei danni di qualsiasi specie ed entità che abbiano a verificarsi a seguito di fuoriuscita di acqua dall'opera di presa, da qualsiasi causa determinata;

d) si prevede che il consorzio non risponde dei danni conseguenti all'interruzione del flusso dell'acqua o alla diminuzione di pressione, da qualsiasi causa provocata, mentre l'utente non può pretendere per l'interruzione del flusso, anche non preavvisata, alcun risarcimento del danno o rimborso delle spese;

e) 1) si prevede che i termini e le modalità di pagamento sono quelli indicati nelle bollette e nelle fatture; 2) si esclude che l'utente moroso agisca per il risarcimento dei danni derivanti dall'interruzione

della fornitura, anche in presenza di una morosità irrisoria;
f) si prevede che in caso di guasto del contatore, quando manchi ogni elemento di riferimento al consumo del periodo precedente, il consumo è determinato dal consorzio sulla base di accertamenti tecnici insindacabili;
g) si consente al consorzio di modificare le tariffe e le disposizioni del regolamento per la distribuzione dell'acqua, dandone comunicazione a mezzo di pubblicazione sull'albo comunale.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MONREALE

G.U. DOTT.SSA.ROSSANA GUZZO
l' ADICONSUM - Associazione Italiana Difesa Consumatori e Ambiente, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Gaetano e Alessandro Palmigiano

Contro

l'Acquedotto Consortile Biviere, rappresentato e difeso dall'Avv. Girolamo Rizzuto

Il Giudice, letti gli atti e sciogliendo la riserva, osserva:

vanno innanzitutto esaminante le questioni pregiudiziali sollevate dal Consorzio resistente.

1) L'eccezione di difetto di giurisdizione è infondata. L' assegnazione al Giudice ordinario delle controversie in materia di clausole abusive, sia nelle forme dell'azione ordinaria che di quella di urgenza - non potendosi sostenere, in assenza di qualsivoglia diversa disposizione espressa di legge, una divaricazione tra Giudice del merito e quello della cautela- pur non essendo indicata

dall'art.1469 sexies è desumibile da una pluralità di riscontri:

a) il richiamo, per quel che concerne il procedimento sommario, agli artt.669 bis e s.s. c.p.c. cioè ad un rito che non trova spazio nel processo amministrativo vigente neppure nei settori di giurisdizione esclusiva (v. i poteri oggi attribuiti dall'art.35 D.lvo 80/98).

Al riguardo si osserva che l'applicazione di tale schema procedurale da parte del G.A. stato non troverebbe fondamento normativo (v. la vicenda dell'art.700 c.p.c. che ha potuto trovare ingresso legittimo in tale processo solo a seguito della pronuncia di incostituzionalità n.190/85).

b) l'inserimento della nuova disciplina di recepimento della Direttiva Comunitaria 13/93 nel codice civile, nel titolo sui contratti in generale, cioè nel cuore stesso del diritto privato, settore tradizionalmente e costituzionalmente riservato alla cognizione del Giudice Ordinario;

c) l'eccezione, nell'ambito della attribuzione effettuata dall' art.33 del D.L.vo 80/98 al G.A. delle controversie "riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi", rappresentata dai "rapporti individuali di utenza con soggetti privati".

La possibilità di comprendere anche l'azione di inibitoria dì cui all'art. 1469 sexies c.c. nell'ambito di tale ipotesi, per la quale è stata mantenuta ferma la giurisdizione del Giudice ordinario segue all'interpretazione della citata disposizione in forza dei criteri di cui all'art. 9 preleggi.

Innanzitutto il criterio testuale porta ad escludere che la locuzione "soggetti privati" possa riferirsi a coloro che erogano il pubblico servizio, posto che

nelle altre lettere del medesimo articolo costoro sono sempre indicati come "gestori". Anche la connessione delle parole, ed in particolare l'uso della preposizione “con" piuttosto che dalla locuzione
“ rese da" o simili supporta la superiore esegesi.
Anche applicando un criterio logico-sistematico che consenta di valutare la norma nei quadro complessivo dell'ordinamento e dì una lettura costituzionalmente orientata (come suggerisce Cass. S. U. 72/2000), non può non rilevarsi che i rapporti di carattere contrattuale quali quelli di utenza, caratterizzati dalla posizione di tendenziale parità tra i contraenti e dall'assenza, nel caso in cui una delle parti sia una Pubblica Amministrazione, di profili autoritativi, sono sempre stati attribuiti al sindacato del Giudice Ordinario.
Proprio l'assenza di tali profili giustifica l'eccezione al trasferimento dell'intera materia dei servizi pubblici al G.A. come si desume dal dato testuale dell'art. 11 della Legge-Delega che aveva stabilito la devoluzione delle "controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali"ove tale espressione ha sempre indicato diritti sorti o risorti a seguito dell’annullamento di provvedimenti amministrativi e dunque rispetto ai quali la Amministrazione ha avuto modo di esercitare poteri di imperio.
Se è poi vero che nella Relazione di accompagnamento al D.L.vo si legge che "sono state escluse dalla giurisdizione amministrativa le controversie attinenti ai rapporti individuali di utenza con soggetti privati gestori di servizi, controversie per lo più oggi devolute ai giudici di pace", va osservato che tale e inciso esplicativo,

peraltro di dubbio significato ove si consideri che quasi tutti i maggiori gestori hanno ormai assunto veste privatistica, non può identificarsi con la volontà del legislatore delegato, dovendosi essa ricercare in termini oggettivi.
In tale ottica, se la ratio del D.L.vo 80/98, e ancor prima della L. 59/97, è quella di evitare che materie in cui sì sovrappongono diritti ed interessi, e tale è quella dei pubblici servizi, diano vita a controversie destinati ad essere promosse davanti ad Autorità Giudiziarie diverse, è ancora una volta proprio l'incontestata natura privatistica dei contratti di utenza che giustifica la loro perdurante sottrazione alla giurisdizione del G.A.
Ciò posto, anche l'azione di cui all'art. 1469 sexies c.c. deve ritenersi afferente a rapporti "individuali", posto che essa, a differenza di quella prevista dalla L. 281/98, ha per oggetto condizioni generali di contratto già utilizzate dal professionista e dunque inserite in contratti individuali in corso di esecuzione.
In tale ottica il potere di agire riconosciuto alle associazioni rappresentative dei consumatori e alle Camere di Commercio è per l'appunto destinato a rafforzare la tutela di cui gode il contraente-consumatore in relazione al singolo contratto di cui è parte, tutela che spesso lo stesso è disincentivato a far valere per i costi della lite, per il timore di ritorsioni o più semplicemente per ignoranza od incuria. L'ente viene così fatto tutore della posizione dei singoli contraenti del professionista, che possono peraltro autonomamente agire ai sensi dell'art.1469 quinquies, secondo schemi conosciuti anche in altri settori del diritto civile il procedimento di cui all'art.4 co.6 L.125/91) e da ultimo, sul punto, non può comunque non rilevarsi

che l'art. 1469 sexies è in ogni caso norma speciale rispetto al disposto dell'art.33 D.L.vo 80/98,

2) Parimenti infondata è la medesima eccezione riproposta sul rilievo che oggetto del giudizio è il Regolamento dell'Acquedotto consortile del Biviere, ossia un atto amministrativo a contenuto generale.

Al riguardo basti rilevare che l'azione incoata non ha per oggetto le disposizioni del citato Regolamento relative all'organizzazione ed al funzionamento dell'ente (artt.1-12) quanto piuttosto quelle destinate, per come statuito dallo stesso art.72 di tale atto, ad essere nel loro complesso "parte integrante" dei singoli contratti di fornitura, ossia a costituirne condizioni generali.

Orbene tali previsioni, che per la detta ragione non rientrano nel contenuto tipico delle fonti di normazione secondaria, vanno certamente ricomprese tra quelle suscettibili di sindacato giurisdizionale ai sensi degli artt.1469 bis e seguenti c.c., pena la vanificazione della tutela voluta dalla legge.

Per completezza va qui comunque richiamato il pacifico orientamento giurisprudenziale teso a comprendere nel vaglio giudiziario anche le condizioni generali approvate con regolamento (Trib. Palermo, ord. 22.l0.1997, Trib. Roma ord.22.8.1997, Trib. Palermo ord. 3.2.1999) e la considerazione che il legislatore italiano al comma 3 dell'art.1469 ter c.c. ha escluso la vessatorietà solo delle clausole che riproducono disposizioni di legge e non anche regolamenti imperativi, fornendo sul punto una tutela rafforzata rispetto a quella minima prevista dalla Direttiva recepita.

3) In merito alla legittimazione attiva della ricorrente, che non solo non è stata contestata ma anzi espressamente riconosciuta dall'ente

resistente, basti solo osservare che l'Adiconsum ha ottenuto l'iscrizione nell'elenco di cui all'art.5 L. 281/1998 con D.M. 29.11.1999.

4) Va ancora rigettata la censura di inammissibilità del ricorso per difetto in capo all'Acquedotto Consortile del Biviere della condizione di "professionista" avanzata sul rilievo che l'ente resistente non opera imprenditorialmente, non attenendosi nell'esercizio della propria attività neppure al criterio di economicità.

Al riguardo va osservato che se è vero che dalla documentazione prodotta risulta che il Consorzio fino ad oggi ha coperto coi proventi riscossi dagli utenti solo il 90% dei costi di gestione, ricevendo per l'altro 20% risorse stanziate dai Comuni di Palermo e Monreale, nondimeno la mancata esibizione del nuovo statuto dell'ente impedisce di verificare se tale situazione abbia carattere stabile o meramente transitorio. Ed invero, posto che l'Acquedotto ha assunto la forma giuridica del consorzio pubblico ai sensi dell'art.25 L. 142/90, deve ritenersi anche ad esso applicabile, in virtù del richiamo contenuto in tale ultima disposizione all'art.22 della stessa legge, il principio di pareggio tra costi e ricavi.

In ogni caso, anche a ritenere che l'ente convenuto operi istituzionalmente e strutturalmente in modo da non coprire coi ricavi delle proprie prestazioni i costi di gestione, esso nondimeno non può ritenersi per ciò solo sottratto dalla disciplina in materia di clausole vessatorie.

Sul punto va osservato che:

a) risponde ad una specifica scelta compiuta in sede comunitaria ricomprendere nella nozione di “professionista" tanto il soggetto pubblico che quello privato.

b) vero è che l'art.1469 bis c.c. definisce tale "la persona fisica o giuridica, pubblica o privata che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto" e che un requisito essenziale della nozione di impresa pubblica è stato ritenuto dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti se non il fine di lucro (non compreso neppure nella definizione di cui all'art.2082 c.c.) quantomeno il rispetto del criterio di economicità, ma va nondimeno osservato, anche alla luce dell'osservazione sub a), che tale elaborazione non trova applicazione nella esegesi della norma che va letta alla stregua della lettera e dello scopo della normativa comunitaria che ha inteso recepire (v. sent. Corte Giust. CE 8.10.87).
Ora, a ben guardare, l'art.2 della Direttiva 13/93 dà una definizione di professionista nella quale la qualità pubblica o privata viene esclusivamente ricollegata alla "attività professionale", senza alcun riferimento all'impresa. Da ciò può ragionevolmente dedursi che condizione necessaria e sufficiente ai fini della nozione di "professionista" è lo svolgimento di una prestazione economica o intellettuale in forma stabile e durevole, condizione che si riscontra pacificamente nell'Acquedotto Consortile del Biviere che svolge come attività statutaria ed esclusiva la gestione del servizio di provvista e distribuzione dell'acqua (v. anche la motivazione sul punto dell'ordinanza Trib. Palermo 3.2.1999).
5) Vi sono altresì i presupposti che giustificano il ricorso al procedimento cautelare di cui al comma secondo dell'art.1469 sexies c.c..
Al riguardo va dato atto che la nozione di "gravi motivi di urgenza" è stata variamente interpretata dalle prime pronunce in materia, privilegiandosi

una valutazione talora 'qualitativa", ossia incentrata sulla rilevanza del bene oggetto del contratto, talvolta 'quantitativa", fondata sulla diffusività dell'uso dei contratti da parte del professionista, ora anche sovrapponendo i due criteri. Nell'odierna fattispecie è fuor di dubbio che tutti i parametri elaborati convergono al fine di ritenere la sussistenza delle condizioni dalla tutela di urgenza.

Occorre infatti rilevare da un lato che la somministrazione dell'acqua soddisfa un esigenza a carattere primario e non solo caso di uso potabile ma anche di destinazione a scopi irrigui od industriali, dall'altro che l'Acquedotto Consortile del Biviere opera in parte del territorio da esso servito in regime di monopolio, nella restante parte in regime dì oligopolio, e ha quasi 1.500 utenti, cifra che anche se non particolarmente ingente in relazione al tipo di servizio offerto, è certamente rimarchevole in termini assoluti.

Nessun rilievo può poi attribuirsi alla circostanza, allegata dalla difesa dell'ente resistente, che in atto pendano nei confronti dello stesso solo due controversie promosse da propri che la normativa che oggi viene invocata è stata introdotta solo da pochi anni ed è ancora poco nota alla generalità dei consumatori. Va poi disatteso l'assunto secondo cui talune delle clausole regolamentari di cui l'ADICONSUM chiede l'inibitoria (artt.38, 45, 49, 50, 51, 58, e 70) non minacciano il diritto dell'utente al bene “acqua” quanto piuttosto al mero risarcimento dei danni cagionati da inadempienza contrattuale del Consorzio e dunque aspetti puramente patrimoniali.

Sul punto basti in senso contrario rilevare che anche tali disposizioni incidono direttamente sulla

possibilità di fruire del servizio (è il caso dell'art. 38, posto che il nuovo utente che non esibisce titolo di proprietà può stipulare il contratto solo se si assume le obbligazioni gravanti sul precedente utente o dell'art.50 in materia di interruzione dell'erogazione), o afferiscono ad altri beni primari (v. artt. 45 e 49) nei quali l'irresponsabilità del professionista può anche riguardare danni alla salute o vengono comunque a pesare sull'accesso al bene (così gli artt.51, 58 e 70 posto che il 'costo" in senso lato del servizio incide evidentemente sulla sua fruibilità).

Passando all'esame delle singole clausole impugnate, si rileva:

ART. 33 La clausola non appare vessatoria. Come rilevato dalla difesa del professionista, la facoltà del Consorzio di far luogo a più utenze riguarda la fase antecedente alla conclusione del contratto, con e dato ricavare dalla sua collocazione capo III "Norme per la fornitura" onde attiene ad un momento antecedente al sorgere del sinallagma. Dalla lettura delle successive disposizioni sembra potersi ricavare (v. in particolare art.36) che di tale scelta viene comunque dato conto nell'ambito del preventivo redatto dal Consorzio prima della sottoscrizione tra le parti del contratto. In ogni caso non si comprende quale danno effettivo possa derivare al consumatore dalla facoltà riservata all'ente.

ART.35 RIFIUTO O REVOCA DELLA FORNITURA. La clausola appare legittima in relazione alla facoltà di rifiuto, ossia di non addivenire alla stipula del contratto, posto che la disciplina in tema di abusività non può certamente incidere sull'autonomia contrattuale negativa del

professionista, fermo il disposto, che in questa sede non rileva, dell'art.2597 c.c.
Vessatoria è invece la suddetta disposizione nella parte in cui prevede la facoltà del resistente di revocare, in qualsiasi tempo, la fornitura, ove sorgano "altri gravi motivi che spetta al Consorzio stesso valutare insindacabilmente". Essa viola i n. 14) dell'art.1469 bis, perché riserva al professionista il diritto esclusivo di interpretazione, e 1) e 2) perché in tal modo gli consente di fatto di sottrarsi alla responsabilità contrattuale accampando qualsivoglia alibi.
ART.38 CAMBIAMENTO DI UTENZA. La clausola è abusiva nella parte in cui prevede che in mancanza di esibizione del titolo di proprietà "il nuovo contratto può stipularsi solo previa dichiarazione del subentrante il quale assume a suo carico tutti gli obblighi del predecessore, qualora questi non vi abbia adempiuto, e sollevi il Consorzio da qualsiasi responsabilità nei confronti del predecessore medesimo o dei suoi aventi causa".
L'articolo determina infatti un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto addossando al nuovo utente oneri che gli sono estranei solo perché questi viene di fatto ad utilizzare, senza peraltro alcuna possibilità di scelta, una pregressa utenza. Inconferente al riguardo è il richiamo, fatto dalla difesa del Consorzio, alla disciplina in materia di successione nel rapporto ove solo si consideri che il nuovo utente, come recita espressamente l'articolo, stipula un "nuovo contratto".
ART.41 RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO. La previsione della risoluzione automatica del contratto nel caso di infrazione di un qualsiasi patto contrattuale e del presente regolamento" non

appare illegittima in quanto deve qualificarsi, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale pressoché pacifico, come mera clausola di stile (Cass. 5169/90, 3119/85).

ART.45 OPERE DI PRESA. L'Adiconsum allega la vessatorietà dell'ultimo comma che stabilisce che "il Consorzio non è responsabile dei danni di qualsiasi specie ed entità che avessero a verificarsi a seguito di fuoriuscita di acqua dall'opera di presa, da qualsiasi "causa determinata".

La doglianza è fondata, posto che la clausola realizza una totale esclusione di responsabilità a favore del professionista in violazione dell'art.1469 bis n.ri 1, potendo il danno essere anche alla persona, e 2, come anche richiamati dall'art.1469 quinquies, e ciò tenuto conto che la fuoriuscita ben potrebbe dipendere da responsabilità del gestore, che – si noti - sull'opera di presa si riserva la manutenzione e vieta all'utente di effettuare direttamente qualsivoglia riparazione. Del tutto irrilevante è la allegata circostanza che l'Acquedotto non abbia mai tatto uso della clausola.

ART.49. La disposizione impugnata, in materia di verbali di ispezioni, non si rinviene nel testo delle due copie del Regolamento versate in atti da entrambe le parti.

ART.50 SOSPENSIONE TEMPORANEA DELLA SOMMINISTRAZIONE DI ACQUA O RIDUZIONE DELLA PRESSIONE. La clausola è vessatoria nella parte in cui prevede che "Il Consorzio non risponde dei danni conseguenti all'interruzione del flusso dell'acqua o alla diminuzione di pressione, da qualsiasi causa provocata" e che "l'utente non potrà pretendere per la interruzione del flusso, anche non preavvisata, alcun risarcimento danno o

rimborso spese". Vale al riguardo quanto detto in relazione all'art. 45.
Il generico impegno, previsto in seno alla clausola, ed in alcun modo sanzionato, di ripristinare con la maggiore possibile sollecitudine il servizio e preavvertire dell'interruzione, non può supplire alla responsabilità per omessa effettuazione della erogazione salvo il caso di inadempimento incolpevole la cui soglia può al più essere legittimamente ampliata nei soli limiti di cui all'art.1229 c.c..
ART. 51 PAGAMENTI. La clausola è legittima in relazione alla “misura” del corrispettivo della fornitura e delle tariffe (non si ravvisano in seno al contratto "altre somme dovute al consorzio) in quanto trattasi di importi che ai sensi dell'art. 37 del medesimo Regolamento "sono soggetti a variazioni, legalmente autorizzate ed approvate".
In materia vigono effettivamente disposizioni normative (L. 38/90, L. 36/94), o comunque provenienti da Autorità poste in posizione di terzietà, che vincolano il gestore nella determinazione dei prezzi del servizio degli acquedotti garantendo adeguatamente gli utenti (v. anche il disposto dell'art. 1339 c.c.). La durata quinquennale del rapporto con facoltà di rinnovazione tacita giustifica peraltro tale facoltà di variazione del prezzo del servizio.
La clausola è invece abusiva laddove dispone che i termini e le modalità di pagamento siano quelle indicate nelle bollette o - nelle fatture in quanto impone al consumatore di aderire a condizioni che non conosce all'atto della sottoscrizione (n.10 dell'art.1469 bis c.c.) e consente al professionista di poter modificare unilateralmente le clausole

contrattuali senza un giustificato motivo già determinato (n. 11).

La circostanza che le modalità e i termini di adempimento attualmente stabiliti dal Consorzio siano di fatto meno gravosi per gli utenti di quelli che conseguirebbero *ope legis* dall'assenza di statuizioni contrattuali, non modifica il suddetto giudizio, che ha per oggetto la clausola nel suo contenuto di condizione generale di contratto, posto che nulla vieterebbe al Consorzio, nella perdurante efficacia di essa, di modificare in peius le condizioni oggi praticate.

Quanto alla previsione per cui "l'utente moroso non può pretendere risarcimento di danni derivanti dall'interruzione della fornitura", in astratto legittima in quanto attuativa del principio *"inademplendi non est ademplendum*", assume caratteri di abusività ove letta in collegamento col comma che la precede, che impone all'utente il pagamento dì "tutto quanto dovuto".

Ed invero, anche alla luce del disposto dell'art.1460 c.c., la possibilità del Consorzio di interrompere la fornitura anche in presenza di una morosità del tutto irrisoria appare non solo contraria a buona fede ma tale da creare un significativo squilibrio tra le parti.

ART.58 IRREGOLARE FUNZIONAMENTO DEI CONTATORI - VERIFICA. Immune dalle censure fatte dalla Associazione ricorrente appare l'articolo nella parte in cui prevede che in caso di effettivo guasto del misuratore, "il consumo dell'acqua dall'ultima lettura eseguita fino alla riparazione o alla sostituzione dell'apparecchio, sarà valutato, a scelta del Consorzio, nella stessa misura di quello del corrispondente periodo dell'anno precedente o del semestre precedente" trattandosi di clausola

che consente al professionista una possibilità di scelta assai modesta, rigidamente predeterminata e non irrazionale posto che l'eventuale sussistenza di un unico dato di riferimento renderebbe maggiormente aleatoria la determinazione del consumo presunto.
Abusiva è invece la parte successiva dell'articolo che stabilisce che "Quando manchi ogni elemento di riferimento al consumo precedente, il consumo è determinato dal Consorzio su accertamenti tecnici insindacabili" posto che arroga al professionista la facoltà di determinare la prestazione della controparte senza indicare modalità e criteri oggettivi di riscontro.
ART. 69 VARIAZIONE DELLE TARIFFE E DEL REGOLAMENTO. La clausola prevede che "il Consorzio si riserva la facoltà di modificare le tariffe e le disposizioni del presente regolamento dandone comunicazione a mezzo di pubblicazione sull'Albo comunale". Essa è effettivamente in contrasto con l'art.1469 bis n. 11 c.c. perché consente all'ente resistente di modificare unilateralmente le clausole del contratto senza indicare preventivamente il motivo che giustifichi tale potere.
ART. 70 SPESE, TASSE ED IMPOSTE. L'articolo si rivela esente dalle censure mossegli dall' Adiconsum. La previsione di porre interamente a carico dell'utente "le spese tutte relative ai contratti (registrazione, bolli e spese per copia) come pure le imposte o canoni erariali, comunali e provinciali presenti e futuri che dovessero gravare sulle forniture dell'acqua, sugli impianti e sugli apparecchi e ciò anche se non espressamente indicati nel contratto e sopravvenuti nel corso del rapporto contrattuale" appare non iniqua posto che

le voci addossate al consumatore consistono espressamente o in spese già note all'atto della sottoscrizione del contratto o in tributi la cui misura può essere stabilita solo per legge, salvo sempre il disposto dell'art.1339 c.c. e la eventuale diversa individuazione del soggetto passivo che potrà fare il legislatore, destinati a prevalere sul regolamento negoziale.

Tanto deciso, va infine disposta, in accoglimento della richiesta formulata dalla Adiconsum, la pubblicazione della presente ordinanza al fine di consentire ai consumatori di avere una concreta possibilità di conoscenza della intervenuta declaratoria di inefficacia.

Al riguardo va osservato che la richiesta dell'ente resistente di disporre, in luogo della pubblicazione, l'invio di apposita comunicazione d mezzo posta ai singoli utenti non può trovare accoglimento in quanto non contemplata dalla legge.

Nondimeno il limitato ambito di operatività dell'Acquedotto rende adeguato ordinare la pubblicazione, a cura e spese del resistente, del solo dispositivo nel Giornale di Sicilia senza imposizione di prescrizioni particolari.

P.Q.M.

Il Tribunale di Palermo - sezione distaccata di Monreale in accoglimento del ricorso proposto dalla ADICONSUM- Associazione Italiana Difesa Consumatori e Ambiente, inibisce all'Acquedotto Consortile del Biviere l'uso delle seguenti clausole del Regolamento Acquedotto:

Art. 35 nella parte in cui attribuisce all'Azienda la facoltà di revocare in qualsiasi tempo la fornitura ove sorgano "altri gravi motivi che spetta al Consorzio valutare insindacabilmente".

Art. 38 nella parte cui prevede che "il nuovo contratto può stipularsi solo previa dichiarazione del subentrante il quale assume a suo carico tutti gli obblighi del predecessore, qualora questi non vi abbia adempiuto, e sollevi il Consorzio da qualsiasi responsabilità nei confronti del predecessore medesimo o dei suoi aventi causa".

Art.45 nella parte in cui prevede che il Consorzio non è responsabile dei danni di qualsiasi specie ed entità che avessero a verificarsi a seguito di fuori uscita di acqua dall'opera di presa, da qualsiasi causa determinata", ivi comprese quelle imputabili al gestore.

Art. 50 nelle parti in cui prevede che "Il Consorzio non risponde dei danni conseguenti all'interruzione del flusso dell'acqua o alla diminuzione di pressione, da qualsiasi causa provocata" e che "l'utente non potrà pretendere per la interruzione del flusso, anche non preavvisata, alcun risarcimento danno o rimborso spese" pur in presenza di interruzioni imputabili al gestore.

Art. 51 nella parte in cui non indica i termini e le modalità di pagamento e consente al Consorzio di determinarli unilateralmente senza indicare un motivo che giustifichi l'attribuzione di tale facoltà e non ammette l'utente ad esperire azioni risarcitorie in caso di interruzioni di fornitura disposte dal Consorzio in caso di inadempimenti non gravi dell'utente.

Art. 58 nella parte in cui non specifica i criteri di determinazione dei consumi nel caso di guasto del contatore in assenza di ogni elemento di riferimento al consumo precedente.

Art. 69 nella parte in cui consente al Consorzio di modificare il regolamento liberamente e non già per giustificati motivi. Rigetta le ulteriori richieste di inibitoria.
Ordina la pubblicazione, a cura e spese dell'Acquedotto Consortile del Biviere, del dispositivo della presente ordinanza sul quotidiano "Il Giornale di Sicilia"
Fissa il termine perentorio di giorni trenta dalla comunicazione della presente ordinanza per l'inizio del giudizio di merito.
Monreale, 4.7.2000

*****

X. Tribunale di Palermo, sentenza 11 luglio 2000, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Accord Viaggi (Avv.ti A e P. Sferruzza), Giudice Nicoletti

Il legislatore nazionale, con l. 6 febbraio 1996 n. 52, dando attuazione dalla direttiva 93/13/Cee del Consiglio, introducendo un apposito capo XIV bis all'interno del tit. II del c.c., con l'art. 1469 sexies ha operato una scelta di campo, nel senso di ampliare la sfera di legittimazione dell'esperimento dei rimedi generali preventivi previsti, attribuendo al contempo al giudice il compito di individuare di individuare via via in concreto, i parametri ai quali agganciare il criterio di rappresentatività delle associazioni dei consumatori.

L'azione inibitoria di cui all'art. 1469 sexies c.c. è un rimedio di tipo generale preventivo, diretto a colpire la potenziale diffusione di clausole abusive che compromettano l'equilibrio tra le parti.

I contratti di viaggio "tutto compreso", ancorchè disciplinati dalla normativa di settore - d.lgs 17 marzo 1995 n. 111 di trasposizione della direttiva 90/314/Cee e l. 27 dicembre 1977 n. 1084 di ratifica della Convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (CCV) sottoscritta a Bruxelles il 24 aprile 1970 - soggiacciono alla novella codicistica in tema di clausola abusiva che ha recepito la direttiva 93/13/CEE.

E' abusiva, e pertanto ne va inibita l'utilizzazione, la clausola che, nel consentire al "tour operator" di trattenere una somma di denaro versata dal turista se quest'ultimo non conclude il contratto o ne recede, non prevede il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a recedere dal contratto.

E' abusiva, e pertanto ne va inibita l'utilizzazione, la clausola secondo cui gli alberghi contrattualmente utilizzati nel difetto di classificazione ufficiale, siano classificati dall'organizzazione del viaggio, secondo proprie valutazioni, sicchè questi si attribuisca un diritto esclusivo di interpretare il patto con limitazione di responsabilità.

E' abusiva, e pertanto ne va inibita l' utilizzazione, la clausola posta nelle condizioni generali del contratto di viaggio turistico prescrivente che, per ogni relativa controversia, sia competente il foro in cui ha sede il "tour operator"

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO

Prima Sezione Civile

La dott. ssa Cintia Emanuela Nicoletti in funzione di Giudice Unico della I SEZIONE CIVILE ha pronunziato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 5401 del Ruolo Generale degli affari contenziosi dell'anno 1998

TRA

ADICONSUM, Associazione regionale difesa consumatori e ambiente, in persona del segretario generale e legale rappresentante Benedetto Romano, elettivamente domiciliata presso lo studio degli Avv.ti Gaetano e Alessandro Palmigiano dai quali é rappresentata e difesa

ATTRICE

E

ACCORD VIAGGI S.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante dr. Santi Mogavero, elettivamente domiciliata presso lo studio degli Avv.ti Arturo e Paolo Sferruzza, che la rappresentano e difendono

CONVENUTA

CONCLUSIONI PER L'ATTRICE

Voglia il Tribunale:
dichiarare cessata la materia del contendere;
condannare controparte alle spese, competenze ed onorari del
presente giudizio.

CONCLUSIONI PER LA CONVENUTA

Voglia il Tribunale:
dichiarare cessata la materia del contendere e rigettare le domande attrici.

Condannare l'attrice allo spese processuali o, in subordine, compensarle integralmente

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con citazione notificata il 4 settembre 1998 l'ADICONSUM - Associazione regionale difesa consumatori e ambiente -, in persona del segretario e legale rappresentante, convenne in giudizio la Accord Viaggi S.r.1., in persona del legale rappresentante *pro tempore* e, premesso che quest'ultima, tour operator ed agenzia di viaggi palermitana, utilizzava per la vendita al pubblico di viaggi organizzati cataloghi informativi contenenti condizioni generali di contratto in aperto contrasto con gli artt. 1469 bis e ss. c.c. che avevano recepito la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e concernevano le clausole abusive nei contratti dei consumatori, chiese che il Tribunale di Palermo inibisse in particolare l'uso di quelle contrassegnate dai numeri 7, 11 e 18, dichiarandole inefficaci, e che disponesse la pubblicazione dell'ordinanza in uno o più quotidiani al fine di permettere un'effettiva tutela dei consumatori.

La Accord Viaggi S.r.l., costituitasi in giudizio in persona del legale rappresentante, adducendo che le clausole che l'attrice aveva impugnato erano contenute nel catalogo predisposto dall'agenzia relativo all'Estate 1998 Sicilia che aveva ormai esaurito la propria efficacia, chiese che fosse dichiarata cessata la materia del contendere, anche in considerazione del fatto che per le successive stagioni turistiche erano stati predisposti cataloghi in perfetta coerenza con la normativa comunitaria e che, quindi, l'attrice fosse condannata al pagamento delle spese processuali posto che la stessa non si era adoperata al fine di adottare le

opportune iniziative con le competenti associazioni di categoria al fine di prevenire il contenzioso attraverso la predisposizione di un comune regolamento contrattuale.

Con memoria del 14.1.1999, l'ADICONSUM aderì alla richiesta di cessazione della materia del contendere, ma insistette per la pronunzia di condanna al pagamento delle spese processuali.

Quindi, al termine dell'istruzione durante la quale é stata prodotta documentazione, il Giudice, sulle conclusioni riportate in epigrafe, ha concesso il termine per il deposito delle comparse conclusionali ed ha rinviato all'udienza del 17.4.2000 per la discussione richiesta a mente dell'art. 281 quinquies, II, c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Occorre innanzi tutto rilevare che è pacifico fra le parti che la convenuta ha modificato, nelle more del giudizio, le condizioni generali di contratto stampate sul nuovo catalogo relativo alle vacanze"98-99" proprio in linea con la pretesa attore, si come è stato allegato nelle note depositate dall' Adiconsum il 14.1.1999.

Va dunque dichiarata cessata la materia del contendere, pronunzia che postula il sopravvenire di una situazione riconosciuta ed ammessa da tutti i contendenti che ne abbia eliminato la posizione di conflitto ed abbia, quindi, fatto venir meno la necessità di una statuizione giudiziale su quanto costituiva oggetto della lite (vedi per tutte Cassazione civile, sez. I, 26 maggio 1999, n. 5097).

Resta invece sottoposta all'esame di questo giudice la domanda, sulla quale entrambe le parti hanno insistito, relativa alle spese di giudizio che, come noto, vanno poste a carico della parte virtualmente soccombente (Cassazione civile sez. II, 27 marzo

1999, n. 2937, Cass. civ. sez. II, 14 aprile 1995, n. 4278). In proposito deve evidenziarsi che, con l'atto introduttivo del presente giudizio, l' Adiconsum aveva chiesto, ai sensi dell'art. 1469 sexies c.c., che fosse inibito l'uso delle clausole contrassegnate dai numeri 7, 11 e 18 delle condizioni generali di contratto utilizzate dall'Accord Viaggi S.r.l. con contestuale declaratoria di inefficacia e che il provvedimento fosse pubblicato, a cura e spese della convenuta, su quotidiani a diffusione nazionale.

Posto, allora, che la declaratoria di cessazione della materia del contendere si risolve, in buona sostanza, nell' accertamento della sopravvenuta carenza di interesse ad agire, deve vagliarsi, avuto riguardo all'eccezione sollevata dalla Accord Viaggi S.r.l., se all'atto dell'instaurazione del presente procedimento, conseguente alla notifica dell'atto di citazione effettuata il 4 settembre 1998, sussistesse o meno un interesse concreto ed attuale alla proposizione della domanda.

Ha infatti rilevato la società convenuta che, siccome l'inibitoria riguarderebbe alcune clausole delle condizioni generali di contratto contenute nel catalogo utilizzato dall'agenzia per "Estate 1998 Sicilia" non sussisteva alcun interesse ad inibirne l' uso, atteso che detto opuscolo aveva già esaurito la sua efficacia rendendo quindi palesemente inammissibili i provvedimenti invocati.

Procedendo nell'ordine logico all'esame delle questioni rilevanti ai fini del decidere va innanzi tutto accennato, riguardo all'incontestata legittimazione ad agire della Adiconsum sostenuta dall'attrice - questione come noto rilevabile *ex officio* (cfr. Cassazione civile, sez. III, 14 giugno 1999, n. 5878, Cassazione civile, sez. III,11 maggio

1999, n. 4650, Cassazione civile, sez. Il, 3 luglio 1999, n. 6894)-, che l'art. 7 della direttiva 93/13/CEE concernente appunto le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori prevede espressamente che gli Stati membri devono fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori, ed aggiunge che i mezzi di cui al paragrafo i 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 ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole.

Non v'è dubbio, quindi, che il legislatore nazionale, con la L. 6.2.1996 n. 52, dando attuazione nell'ordinamento interno alla direttiva 93/13/ CEE del Consiglio, introducendo un apposito capo XIV bis all'interno del titolo II del codice civile, con l'art. 1469 sexies che recita: "Le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente capo... "ha operato una scelta di campo nel senso di ampliare la sfera di legittimazione all'esperimento dei rimedi general preventivi previsti attribuendo al contempo al

giudice il compito dì individuare via via in concreto i parametri ai quali agganciare il criterio di rappresentatività delle associazioni dei consumatori (vedi sul punto in termini in particolare Trib. Torino, ordinanza 4.10.1996, Trib. Palermo, ordinanza 24.1.1997, Trib. Palermo, sentenza n. 1941 del 2.6.1998, nonché da ultimo Trib. Palermo, ordinanza 29 dicembre 1999).
Ora, alla stregua della documentazione prodotta, la cui rilevanza non è stata in alcun modo messa in discussione dalla società convenuta, non può dubitarsi dell'esistenza in capo all' ADICONSUM dei requisiti di rappresentatività all'uopo necessari ai fini che interessano presenta giudizio, ove solo di consideri che la stessa associazione, sì come si evince dallo statuto versato in atti del 4.11.1988, ha come obiettivo quello di tutelare gli interessi economici e giuridici del consumatore utente - ivi compresa l'assistenza e la rappresentanza in giudizio - risulta aver intrapreso negli anni varie attività di impulso e promozione per la tutela dei consumatori e di essere stata valida interlocutrice degli enti pubblici e privati al fine di sensibilizzale gli utenti e stimolare la promozione dei loro interessi ricevendo pertanto formali riconoscimenti del rilievo della propria attività (vedi in particolare note del direttore generale del Ministero dell'Agricoltura e Foreste dell'8.1.1993, dell'ENEL S.p.A. del 21.5.1996, del Comune di Partinico del 24.3.1997, del Presidente dell'Ente autonomo fiera del mediterraneo del 3.5.1997 e del Sindaco di Termini Imerese del 5.6.1997, oltre a brochure e opuscoli relativi a pubblicizzazione dei propri compiti e dei convegni organizzati, tutti versati in atti). E' incontestato, peraltro, che l'ADICONSUM contribuisce a comporre la Consulta dei

Consumatori istituita presso il Ministero dell'industria ed è socia ordinaria dell'Istituto per il Marchio di Qualità e dell'istituto Europeo internazionale del Consumo. La rappresentatività dell'associazione risulta poi ancora ulteriormente comprovata dal decreto del Presidente della Regione Siciliana del 20.3.1995 (versato in copia in atti) che, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 5 della L.R. 23.5.1994 n. 7, sulla scorta della documentazione presentata dall'attrice, ha potuto constatare che essa contava già allora - sulla adesione di almeno cento persone a livello regionale e svolgeva la sua attività da almeno un anno.

Gli elementi summenzionati convergono quindi tutti senz'altro per far ritenere che il sodalizio abbia un forte radicamento nel territorio ed abbia ormai raggiunto un significativo grado di continuità ed effettiva nel conseguimento dei propri fini statutari, sì come più volte già riconosciuto da questo Tribunale (fra le altre pronunzie cfr. Trib. Palermo, ordinanza del 24.1.1997 e sentenza n. 1941 del 2.6.1998, prodotta in copia tutte fra Adiconsum e Soc. Aereoviaggi).

Giustamente pacifica fra le parti è altresì l'applicabilità alla tipologia di contratto sottoposta all'attenzione del giudicante delle disposizioni della novella, benché contenenti norme di carattere generale rispetto a quelle speciali di cui al D. Lgs. 17.3.1995 n. 111 entrato in vigore il 15.10.1995 e quindi in data antecedente alla novella - ed alla L. n. 1084 del 1977 di ratifica della Convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (CCV) sottoscritta a Bruxelles il 24.4.1970, espressamente richiamati dall'art. 2 delle condizioni generali di contratto, in linea con gli orientamenti espressi da autorevole dottrina, pure

recepiti da questo Tribunale (cfr. ancora sul punto sentenza Trib. Palermo n. 1941/98 già citata) secondo i quali é necessaria l'integrazione della citata normativa "verticale" con quella "orizzontale" di attuazione della direttiva 93/13/Cee proprio al fine di non vanificare l'intento del legislatore comunitario di tutelare il c.d. contraente debole in qualsivoglia fattispecie contrattuale ove le condizioni siano state unilateralmente predisposte dal professionista.

Tanto premesso, focalizzando la questione principale posta all'attenzione di questo giudice, deve invero sottolinearsi che l'azione inibitoria di cui all'art. 1469 sexies c.c. è un rimedio di tipo general preventivo che è proteso ad incidere proprio sui formulari contrattuali considerati in modo generale ed astratto, indipendentemente dal loro impiego concreto, quale fonte normativa privata potenzialmente applicabile ad una serie di contratti individuali con i singoli consumatori, impedendone la diffusione con conseguente declaratoria di inefficacia, ove ne sia accertata l'abusività, per garantire ai consumatori proprio la libertà di contrarre a condizioni non vessatorie (cfr. sul punto Trib. Roma, ordinanza 29.5.1997).

Occorre quindi verificare, per ritenere sussistente in capo all'Adiconsum l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., se, nella specie, il professionista abbia o meno predisposto condizioni generali di contratto c.d. "abusive" e se abbia dimostrato di volerle utilizzare nella stipulazione dei contratti con i consumatori prima dell'instaurazione del giudizio.

Il fatto inequivocabile, confermato dal comportamento recessivo della convenuta, che entrambe le parti abbiano alla fine concordato per l'abusività della clausole indicate specificamente in

citazione (artt. nn. 7, 11 e 18 delle condizioni generali) induce ad una veloce disamina della prima questione essendo sul punto senz'altro condivisibili le esaustive ed articolate argomentazioni trovate in varie pronunzie di questo Tribunale (cfr. in particolare Trib. Palermo, ordinanza del 24.1.1997 e sentenza del 2.6.1998, prodotta in copia emesse fra Adiconsum e Soc. Aereoviaggi già citate).

Riguardo l'art. 7 delle condizioni generali di contratto, riportate nella terzultima e penultima pagina del catalogo "Estate 1998"- Sicilia D.O.C. (versato in atti), - rubricato "recesso del consumatore" - deve rilevarsi che la clausola, esaminata unitamente a quelle di cui agli artt. 5 e 9 - risulta in aperto contrasto con l'art. 1469 bis, 3° comma, n. 5 c.c. che sancisce la presunzione di vessatorietà laddove la disposizione abbia come effetto di consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o ne recede, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest 'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere.

La clausola in questione, infatti, evidenzia un significativo e sostanziale squilibrio fra l'ipotesi di recesso del consumatore e quella del professionista nel senso che, mentre quest'ultimo può recedere ad nutum dal rapporto - vedasi specificamente l'inciso "per qualsiasi ragione" nonché la generica previsione per mancato raggiungimento del numero minimo dei partecipanti dì cui all'art. 9 - senza altra conseguenza che quella di rimborsare le somme percepite entro 7 giorni lavorativi dal momento del recesso o della cancellazione, escluso

ogni ulteriore esborso: il consumatore, che, già all'atto della prenotazione, ex art. 5 cond. gen., deve versare un acconto pari al 25% della quota di partecipazione e l'intera quota di iscrizione al viaggio e poi tutto il corrispettivo entro 30 giorni dalla partenza, dovrà, al fine di esercitare il diritto potestativo di recesso a titolo di corrispettivo (c.d. caparra o multa penitenziale), corrispondere somme specificamente indicate per scaglioni via via crescenti a seconda di quanto tempo prima venga esercitato e delle tipologie di prestazioni richieste (cfr. art. 7 delle condizioni).

Benché poi la disposizione contrattuale in questione ricalchi in parte l'art 9 della l. 1084/77 e l'art. 13 d. lgs. 111/95 tanto non basta, per sottrarla, a mente dell'art. 1469 ter, 3° comma c.c. al test di vessatorietà previsto dall'art. 1469 sexies, ove solo si consideri che tali leggi non prevedevano di certo il diritto di recesso dell' organizzatore senza prevedere alcun indennizzo al viaggiatore, il che avrebbe di certo svilito i contenuti delle stesse norme nazionali che miravano già a garantire un equo contemperamento degli interessi delle due categorie di contraenti interessate.

Passando poi all'esame dell'art. 11 delle condizioni generali di contratto - rubricato "classificazione alberghiera" - non può non rilevarsi che la clausola risulta palesemente- in contrasto con l'art. 1469 bis, III, n. 14) c.c. che pone la presunzione di vessatorietà per la condizione che riservi al professionista il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto o conferirgli il diritto esclusivo di interpretare una clausola qualsiasi del contratto, prevedendo appunto che "La classificazione alberghiera, in assenza di

classificazioni ufficiali riconosciute dalle competenti pubbliche autorità dei paesi anche membri della CEE, cui il relativo servizio si riferisce, è stabilita dall' organizzatore in base a propri criteri di valutazione degli standards di qualità".

E', infatti, evidente che la clausola in commento riservi, con conseguente significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi contrattuali a carico del consumatore, solo all'organizzatore il potere di determinare in concreto lo standard di qualità degli alberghi messi a disposizione dell'utente nei paesi in cui manca una classificazione ufficiale, non consentendo in alcun modo al turista di potere di sindacare la sistemazione alberghiera né gli standards ai quali l'organizzatore ha ritenuto di attenersi per la classificazione finendo, quindi, col determinare una limitazione di responsabilità in favore del tour operator, peraltro libero di interpretare a suo piacimento parte del contenuto del contratto. In ultimo, neppure sarebbe sfuggita alla sanzione dell'inibitoria ordinaria la clausola contenuta all'art. 18 delle condizioni generali di contratto - rubricato "foro competente clausola compromissoria che prevede “Per ogni controversia dipendente dal presente contratto sarà competente esclusivamente il Foro ove ha sede il Tour Operator", poiché di segno evidentemente contrario alla disposizione di cui all'art. 1469 bis, III n. 19) c.c. che fa presumere la vessatorietà della condizione contrattuale che stabilisce come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore.

Deve invero rilevarsi che tale clausola contrattuale determina in concreto per il consumatore

l'impossibilità di tutelare in via giurisdizionale i propri diritti se non sottoponendosi a costi spropositati; consentendo per converso al predisponente di limitare le spese nell'ipotesi di qualsivoglia controversia che possa dipendere anche dall'abuso della sua posizione dominante, con significativo squilibrio a carico del contraente debole.

Tanto precisato in merito alle clausole di cui l'attrice lamentava correttamente l'abusività, occorre inoltre evidenziare, relativamente al punto attinente all'utilizzo delle predette nella stipulazione dei contratti, che l'Adiconsum ha senz'altro dimostrato che la convenuta ha inserito in un catalogo valevole per la stagione estiva 1998 che, peraltro, comprendeva prenotazioni sino all'ottobre ed al dicembre di quell'anno (cfr. proposte a pagg. 2 e 10 del depliant), e cioè anche per date successive a quelle di instaurazione del giudizio (4.9.1998), le condizioni generali di contratto contenenti le clausole abusive già esaminate.

Ed allora se, come già evidenziato, il rimedio ordinario di cui all'art. 1469 sexies c.c. ha carattere general preventivo ed è diretto a colpire la potenziale diffusione di clausole abusive che compromettano l'equilibrio fra le parti a discapito del contraente debole, non può essere presa in positiva considerazione l'obiezione della convenuta circa l'asserita inapplicabilità del catalogo per il periodo successivo a quello di introduzione del presente procedimento, ben potendo la Accord Viaggi S.r.l. riutilizzare in altro catalogo valevole per le stagioni successive - sì come avvenuto in precedenza (cfr. altro depliant in atti) - identiche condizioni proprio perché predisposte per il

complesso generalizzato delle contrattazioni del professionista.
Tenuto conto poi che le disposizioni della novella di cui alla L. 6.2.1996 n. 52 sono entrate in vigore in data ben antecedente all'instaurazione del presente procedimento, ed hanno avuto peraltro le già segnalate applicazioni giurisprudenziali (fra le prime ordinanze Tribunale Torino 4.10.1996, 14 e 16.8.1996, Tribunale Palermo 24.1.1997 e 22.10.1997 in sede di reclamo, Tribunale Roma 28.5.1997 ecc.), non può neppure trovare ingresso l'ulteriore rilievo della convenuta - pure smentito dalla produzione ad opera dell'attrice del ricorso depositato il 15.7.1996 da quest'ultima contro la stessa in altro procedimento - che ha ritenuto profilarsi la problematica in questione esclusivamente con la pubblicazione della sentenzi di questo Tribunale n. 1941/98 avvenuta solo in data 2.6.1998, nè tanto meno l'argomento della non definitività della normativa, avuto riguardo alle parziali modifiche apportate alle norme di cui al capo XIV bis del codice civile dalla L. 21.12.1999, n. 526, non avendo di certo le stesse efficacia retroattiva né valenza tale da distorcere il quadro sin qui delineato, essendo le clausole sottoposte all'attenzione di questo giudice assolutamente inequivoche quanto al contenuto e conseguentemente sottratte alla sfera di applicazione dell'attuale art. 1469 quater, 3° comma c.c..
Considerato tuttavia che, pochi mesi dopo l'instaurazione della presente controversia, la convenuta - che non è provato sia stata preventivamente intimata dall'Adiconsum in via stragiudiziale al fine di uniformarsi alla normativa in commento - si è attivata al fine di modificare nel

senso voluto dal legislatore comunitario e nazionale le condizioni generali di contratto di cui faceva applicazione nella generalità dei contratti ed avuto riguardo altresì alla peculiarità delle questioni trattate, ritiene il giudice, in ossequio al criterio della soccombenza, di dover dichiarare compensate per un terzo le spese di giudizio e di porre a carico dell'Accord Viaggi S.r.l. la restante parte, liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice Unico,

definitivamente pronunziando, respinta ogni altra domanda, eccezione e difesa, dichiara cessata la materia del contendere relativa alla domanda principale proposta dalla ADICONSUM, Associazione regionale difesa consumatori e ambiente, in persona del legale rappresentante *pro tempore* nei confronti della Accord Viaggi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con di citazione notificato 1'11.9.1998; dichiara compensate per un terzo fra le parti le spese del giudizio e condanna la Accord Viaggi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore dell'attrice della restante parte che liquida complessivamente £ 5.430.000, di cui £ 3.500.000 per onorari, £ 1.600.000 per diritti, 330.000 per spese, oltre IVA e c.p.a. come per legge.

Palermo lì 10.3.1999.

*****

XI. Tribunale di Palermo, ordinanza recl. 18 settembre 2000, Acquedotto Consortile del Biviere (Avv. G. Rizzuto), c. Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano), Pres. Scovazzo, Est. Terni

Nella disciplina concernente la tutela del consumatore, ai sensi degli art. 1469 bis ss. c.c. introdotti dalla l. 6 febbraio 1996, n. 52, il termine "professionista" va inteso nel senso che comprende chiunque non occasionalmente svolga attività di prestazione di servizi e cessione di beni, con una stabile struttura organizzativa, ancorchè senza fini di lucro.

È devoluta alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia promossa da un'associazione di consumatori, allo scopo di far inibire l'utilizzazione, nei contratti di distribuzione dell'acqua, delle clausole abusive predisposte dal consorzio che gestisce il servizio, dovendosi in ogni caso escludere che possa trovare applicazione l'art. 33 d.lgs. 80/98, né nel testo originario, che è stato dichiarato incostituzionale, né nella formulazione introdotta dalla legge n. 205/00, che è entrata in vigore successivamente all'instaurazione del giudizio e, pertanto, non è idonea a radicare la giurisdizione in capo ad un giudice che ne era inizialmente sfornito.

La potenziale diffusività delle clausole abusive e l'elevato grado di probabilità che esse continuino a provocare effetti pregiudizievoli per i consumatori, incidenti su interessi primari della persona e insuscettibili di essere eliminati con la reintegrazione per equivalente monetario, permettono di ravvisare la sussistenza dei giusti

motivi d'urgenza, richiesti dall'art. 1469 sexies cpv. c.c., per la concessione della tutela inibitoria cautelare.
Deve essere inibita in via cautelare l'utilizzazione delle clausole, predisposte per regolamentare in modo uniforme i contratti d'utenza conclusi dal consorzio che gestisce il servizio di distribuzione dell'acqua, con cui: a) si prevede la risoluzione di diritto del contratto nel caso di infrazione di una qualsiasi clausola in esso contenuta; b) si prevede che i verbali di ispezione redatti dal personale del consorzio fanno piena fede fino a prova contraria.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
Sezione Feriale

composto dai seguenti Magistrati:
Dott. Rocco Camerata Scovazzo Presidente
Dott. Monica Boni Giudice
Dott. Susanna Terni Giudice Rel.
Riunito in Camera di Consiglio;
Visto il reclamo presentato dall'Acquedotto Consortile del Biviere, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, avverso il provvedimento del Giudice di Monreale del 4/7/2000 che ha accolto in parte il ricorso proposto dall'Adiconsum - Associazione Italiana Difesa Consumatori e Ambiente - ai sensi dell'art 1469 sexies c.c. e 669 bis e segg. c.p.c.;
considerato che l'Adiconsum resistente ha chiesto il rigetto del ricorso ex art.669 terdecies c.p.c., proponendo altresì reclamo incidentale;

esaminati gli atti e sciogliendo la riserva assunta all'udienza camerale dell'8/9/2000;

OSSERVA

In via preliminare occorre esaminare l'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario sollevata dall'Acquedotto Consortile del Biviere.

Detta eccezione non appare fondata, e deve essere rigettata. Devesi infatti rilevare che la Corte Costituzionale con sentenza n. 292 dell'11-17 luglio 2000 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 33 del D. lgs. 31/3/1998 n. 80, commi I - nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno - II e III.

Pertanto - poiché la sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge spiega efficacia *ex tunc* -, l'art 33 del D.lgs. 80 non può applicarsi all'odierno giudizio. Non può neppure ritenersi applicabile la legge 19/7/2000 n. 292, successiva all'instaurazione del giudizio cautelare introdotto con ricorso depositato il 10/3/2000, attesa l'irrilevanza - a fini della determinazione della giurisdizione - dei mutamenti della legge successivi alla proposizione della domanda, per il principio della *perpetuatio jurisdictionis* di cui all'art 5 c.p.c..

Né la legge n. 292/2000 contiene disposizioni transitorie che consentono l'applicazione retroattiva delle disposizioni di legge ivi contenute.

Ritiene infine il Collegio che il principio contenuto nella pronuncia della Cassazione cui fa riferimento l'ente reclamante - principio secondo cui esigenze di c.d. economia processuale impongono di attribuire rilevanza alla giurisdizione sopravvenuta, di talché il giudice ordinario originariamente sfornito di giurisdizione non deve dichiararne il difetto ma decidere nel merito dato il sopravvenire per effetto della nuova legge di un criterio di collegamento tra la controversia e l'ufficio giudiziario adito (Cass. S.U. 516/2000) - riguardi le ipotesi in cui il giudice sia originariamente sfornito di giurisdizione, e non già il caso in cui - come nell'odierno giudizio – sussista già la giurisdizione del giudice ordinario.
Nel primo caso, infatti, l'applicazione del principio c.d. di economia processuale serve per radicare la giurisdizione in capo ad un giudice che ne è sfornito, mentre nel secondo comporterebbe che il giudice - fornito di giurisdizione - ne dichiari il proprio difetto.
Non appare neppure fondata l'eccezione sollevata dall'Acquedotto reclamante in relazione al proprio difetto di legittimazione passiva, assumendo quest'ultimo che in quanto ente pubblico che non svolge un'attività imprenditoriale allo stesso non possa applicarsi la qualifica di professionista di cui all'art 1469 bis c.c..
Orbene l'art 1469 bis c.c., II comma, definisce il professionista come la persona fisica o giuridica, pubblica o privata che nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale utilizza il contratto di cui al primo comma, e la direttiva 93/13 CEE definisce professionista qualsiasi persona fisica o giuridica che nei contratti oggetto della presente direttiva agisce nel quadro della sua attività professionale sia pubblica che privata.

Appare evidente che il legislatore ha voluto includere nella nozione di professionista non solo chi svolge un'attività imprenditoriale al fine di produrre reddito, ma anche il soggetto - pubblico o privato - che esercita attività di prestazione di servizi e cessione di beni avvalendosi di una struttura organizzativa stabile e duratura (Cfr. Tribunale Palermo 3/2/1999).

Il termine professionista deve pertanto intendersi in contrapposizione al concetto di "occasionalità" a chi cioè esercita all'attività di prestazione di servizi e cessione di beni senza un apparato organizzativo durevole.

La disciplina dovrà essere sottoposta ad un'interpretazione estensiva, potendo clausole vessatorie essere predisposte anche da un soggetto giuridico che eserciti la propria attività senza fini di lucro. (G. Romagnoli "Clausole vessatorie e contratti d'impresa" 1997 Padova).

Ciò posto ritiene il Collegio che sussistano i presupposti per la concessione della tutela inibitoria chiesta dall'associazione resistente.

L'inibitoria di cui al II comma dell'art 1469 sexies c.c. può infatti essere concessa allorquando sussistono giusti motivi di urgenza, avendo dunque il legislatore individuato - un criterio differente dall'irreparabilità ed imminenza del pregiudizio, richiesto dall'art. 700 c.p.c. per la concessione della tutela cautelare atipica.

La giurisprudenza di merito ha fatto riferimento — al fine di individuare i " giusti motivi" — sia alla natura degli interessi e alle ripercussioni che potrebbero riverberarsi nella sfera di interessi del consumatore a causa della mancanza di tempestività della tutela, evidenziando che solo l'individuazione dei beni e diritti dei consumatori

su cui le singole clausole possono incidere permette di individuare tra le varie situazioni quelle che meritano - per il carattere primario dei diritti ed interessi coinvolti e la conseguente irreparabilità del pregiudizio del ritardo - la tutela inibitoria (Trib. Roma 28/5/1997); sia - assieme al criterio summenzionato - alla potenziale diffusività delle clausole impugnate (Trib. Palermo 5/3/1997; Tribunale Palermo 10/1/2000).

Ritiene pertanto il Tribunale che sussistono i giusti motivi di urgenza per la concessione della tutela inibitoria chiesta, gestendo l'acquedotto reclamante in gran parte del territorio da esso servito in condizioni monopolistiche - e nella restante parte in regime di oligopolio - il servizio idrico, e cioè un servizio incidente su interessi primari dei cittadini (Tribunale Palermo 10/1/2000).

Occorre evidenziare, infatti, ai fini della concessione della tutela inibitoria non già la dimensione dell'ente reclamante - come dallo stesso dedotto - bensì la situazione strutturale del mercato, apparendo indubbio che in caso monopolio o oligopolio l'abusività della clausola è destinata naturalmente essere inserita in numerosi rapporti contrattuali, ed essendo tanto maggiore la diffusività della clausola abusiva quanto più il contraente è costretto - come in una struttura monopolistica o oligopolista – ad addivenire alla conclusione del contratto contenente detta clausola per esercitare un diritto fondamentale della persona (Tribunale Palermo 22/10/1997). Pertanto le doglianze dell'acquedotto reclamante - secondo cui non sussisterebbero i giusti motivi di urgenza - non appaiono fondate.

Infatti - e a prescindere dalla considerazione che il riferimento all'art 49 del Regolamento da parte del giudice della cautela è frutto di evidente errore

materiale - occorre osservare che le disposizioni di cui agli artt. 38 e 50 incidono sulla fruibilità del servizio idrico da parte del consumatore, che deve accettare la stipulazione di dette clausole per avere detto servizio; che quella contenuta nell'art 45 - che fa riferimento a danni di qualsiasi specie ed entità che dovessero verificarsi a seguito della fuoriuscita di acqua, danni di cui l'ente non è responsabile - pone il consumatore nella possibilità di vedere compromesso il proprio diritto alla salute, senza che rilevi in tal caso un'eventuale e futura reintegrazione patrimoniale; che infine anche la clausole di cui agli artt. 51, 58 e 70 incidono sul diritto dell'utente all'approvvigionamento idrico, e giustificano la tutela inibitoria chiesta, dovendo avere riferimento alla diffusività del fenomeno contrattuale in esame - per le motivazioni suesposte - e all'elevato grado di probabilità che le clausole continuino a provocare effetti pregiudizievoli per i consumatori, effetti che incidendo su interessi primari della persona non sono suscettibili di essere eliminati con la reintegrazione monetaria (Cass. 5172/79).

Ciò posto occorre esaminare la sussistenza del *fumus boni iuris*, e dunque della vessatorietà — ad una delibazione sommaria qual è quella richiesta nella fase cautelare - delle clausole del Regolamento impugnate dall'Adiconsum.

A tale proposito ritiene il Collegio che le censure mosse dall'acquedotto reclamante non siano fondate e devono essere rigettate, avendo l'ordinanza reclamata correttamente individuato i profili di vessatorietà delle clausole di cui agli artt. 35, 38, 45, 50, 51, 58 69 del Regolamento Acquedotto.

Con riferimento alle singole clausole infatti osserva il Collegio:

Art. 35 -Rifiuto o revoca della fornitura. La clausola appare vessatoria nella parte in cui prevede la facoltà dell'Acquedotto di revocare, in qualsiasi tempo, la fornitura d'acqua ove sorgano "altri gravi motivi che spetta al consorzio stesso valutare insindacabilmente, consentendo al professionista- in violazione dell'art. 1469 bis c.c. n. 1 e 2 - di sottrarsi alla responsabilità adducendo qualsiasi motivazione, e lasciando alla valutazione dello stesso professionista — in contrasto con l'art. 1469 bis c.c. n. 14 - l'insindacabile ed unilaterale individuazione di detti "gravi motivi"; né comunque appare fondato il riferimento al caso fortuito e alla forza maggiore - non essendo detti eventi interruttivi della responsabilità espressamente richiamati - o alle condizioni eccezionali di erogazione che neppure vengono menzionate.

Infine non vale ad escludere il profilo di vessatorietà la circostanza che la clausola si riferisca alla fornitura d'acqua per uso diverso da quello domestico, rivestendo anche il servizio in tal modo delimitato interesse primario per l'utente.

Art. 38 - Cambiamento di utenza. Detta clausola prevede che in mancanza di esibizione del titolo di proprietà il nuovo contatto può stipularsi solo previa dichiarazione del subentrante il quale assume a suo carico tutti gli obblighi del predecessore, qualora questi non vi abbia adempiuto, e sollevi il consorzio da qualsiasi responsabilità nei confronti del predecessore medesimo o dei suoi aventi causa.

Appare indubbio che detta clausola - nella parte ritenuta vessatoria dal Giudice della cautela - comporta un rilevante squilibrio contrattuale a

danno dell'utente, che è costretto, se vuole utilizzare una pregressa utenza, a sopportare costi a lui estranei; né la vessatoriétà della clausola è esclusa dalla circostanza che l'utente stipula un nuovo contratto, e che dunque il Consorzio - nell'ambito della propria autonomia contrattuale - può subordinare la propria accettazione alle condizioni che reputa più favorevoli, in quanto uguale autonomia contrattuale non è prevista a favore dell'utente che si trova costretto a sopportare detti oneri se vuole utilizzare la pregressa utenza.

Art. 45 - Opere di presa. La clausola è stata ritenuta vessatoria nella parte in cui prevede che "il consorzio non è responsabile dei danni di qualsiasi specie ed entità che avessero a verificarsi a seguito di fuoriuscita d'acqua dall'opera di presa, da qualsiasi causa determinata". Correttamente il giudice della cautela ha ravvisato l'evidente squilibrio contrattuale della disposizione che contiene un ampio margine di esonero della responsabilità per il professionista - in contrasto con l'art 1469 bis c.c. nn.1 e 2 - potendo la fuoriuscita provocare danni alla persona e comunque dipendere da fatto del gestore medesimo.

Né dalla clausola medesima si evince che l'acquedotto ha voluto escludere la responsabilità per danni non già al consumatore, ma a terzi, non essendo rilevante a tal fine che detta interpretazione sia contenuta - nella memoria di costituzione dell'ente.

Art. 50 - Sospensione temporanea della somministrazione di acqua o riduzione della pressione. E' stata ritenuta vessatoria la clausola nella parte in cui prevede che "Il consorzio non

risponde dei danni conseguenti all'interruzione del flusso dell'acqua o alla diminuzione dí pressione, da qualsiasi causa provocata" e “l'utente non potrà pretendere per la interruzione del flusso, anche non preavvisata, alcun risarcimento danno o rimborso spese". Appare evidente anche in detta disposizione l'ampio esonero di responsabilità per il gestore - in contrasto con l'art.1469 bis c.c. nn. 1 e 2 -, non rilevando che l'Acquedotto si impegni a ripristinare la regolarità del flusso ed ad avvertire l'utente della interruzione. Devesi infatti rilevare che nell'ambito delle clausole presuntivamente qualificate come vessatorie, quella che ha per oggetto o per effetto di "escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore risultante da un fatto o da un omissione del professionista" e di cui al n. 1 dell'art 1469 bis c.c. è sottoposta - per la particolare potenziale lesività - ad un regime di inefficacia rafforzata, potendo la responsabilità del professionista essere esclusa sola quando sia fornita la prova che nella specie l'esclusione o la limitazione della responsabilità non determina uno squilibrio dei diritti e obblighi delle parti e non si pone in contrasto con il principio di buona fede (Cfr. E. Poddighe - I contratti con i consumatori - Milano 2000).

Orbene ritiene il Collegio che nel caso in esame il Consorzio non abbia fornito la prova che non si è verificato lo squilibrio di detti diritti e obblighi, né che la clausola non contrasti di per sé con il principio della buona fede.

In particolare il criterio della buona fede - richiamato dall'ente reclamante - che esprime il principio della c.d. solidarietà contrattuale, imponendo alla parte di comportarsi lealmente e di

attivarsi per salvaguardare l'utilità della controparte nei limiti di un apprezzabile sacrificio (Bianca - Il contratto, Milano, 1984)- si pone in contrasto con un regolamento contrattuale che contempla - imponendolo di fatto al contraente - l'esonero da responsabilità per il professionista per danni alla salute cagionati a quest'ultimo.

Art. 51 - Pagamenti. La clausola è stata ritenuta abusiva laddove dispone che i termini e le modalità di pagamento sono quelli indicati nelle bollette o nelle fatture, in quanto comporta l'adesione del consumatore a pattuizioni non conosciute al momento della stipula del contratto (art. 1469 bis n.10 c.c.) e consente al consorzio di modificare unilateralmente le clausole del contratto senza un giustificato motivo indicato nel contatto (n.11).

Né comunque è rilevante che il Consorzio abbia di fatto - nei rapporti contrattuali intrapresi - inserito modalità e termini di pagamento meno gravosi di quelli che conseguirebbero all'assenza di disposizioni regolamentari, dovendosi avere riguardo - come evidenziato nell'ordinanza reclamata - ai fini del giudizi di vessatorietà alla clausola nel suo contenuto di condizione generale di contratto.

L'art. 51 è stato ritenuto altresì abusivo nella parte in cui prevede che l'utente moroso non può pretendere risarcimento di danni derivanti dall'interruzione della fornitura, prevedendo il comma precedente che il pagamento deve comprendere tutto quanto dovuto.

Appare pertanto evidente che la clausola - di per sé legittima - in quanto espressione del principio di cui all'art. 1460 c.c. assume caratteri di vessatorietà laddove - in contrasto con il principio della buona fede di cui al Il comma dell'articolo

medesimo - consente al gestore di servizi di interrompere la fornitura in presenza di una morosità lieve (Cass. 1991/87).
Art. 58 - Irregolare funzionamento dei contatori verifica..La clausola è stata· ritenuta vessatoria laddove stabilisce che - nell'ipotesi di guasto del contatore - quando manchi ogni elemento di riferimento al consumo precedente il consumo è determinato dal Consorzio su accertamenti tecnici insindacabili, consentendo al professionista - senza l'indicazione dei criteri di determinazione presentiva del consumo - di determinare la prestazione della controparte, con evidente violazione dell'equilibrio contrattuale.
Né rileva che detta clausola determina un'ipotesi irrealizzabile - come dedotto dall'acquedotto - essendo inclusa nel regolamento contrattuale, e non incombendo comunque sull'associazione resistente la prova delle modalità con cui la stessa può trovare applicazione.
Art 69 - Variazione delle tariffe e del regolamento. La clausola appare vessatoria, consentendo all'ente reclamante di modificare unilateralmente la clausola del contratto senza indicare nel contratto il motivo che giustifica detto potere (art. 1469 bis, c.c., n.11); né rileva la natura regolamentare dell'atto.
Infatti l'art. 1469 ter, III comma, c.c. esclude la vessatorietà della clausole solo quando le stesse siano riproduttive di leggi, e non menziona affatto - a differenza della direttiva comunitaria recepita - le clausole riproduttive di disposizioni regolamentari (Trib. Palermo 3/2/1999).
In relazione al reclamo incidentale proposto - dall'associazione resistente ritiene il Collegio che

sussiste la vessatorietà dell'art. 66 del Regolamento.
Detta norma contrattuale prevedendo che i verbali di ispezione redatti dal personale del Consorzio fanno fede fino a prova contraria, comporta un'evidente limitazione di prova prevista dall'art 1469 bis c.c. n. 18; infatti di fronte al verbale redatto da personale dipendente dell'acquedotto - ed in assenza di contraddittorio con l'utente - quest'ultimo deve fornire la prova avanti l'autorità giudiziaria che le dichiarazioni contenute nel verbale - che ha assunto valore di fede privilegiata - non corrispondono a quanto accertato dal dipendente.
Ritiene il Collegio inoltre che anche la clausola n.41 - che disciplina la risoluzione per inadempimento - appare vessatoria nella parte in cui prevede che il contratto si considera risoluto per diritto nel caso di infrazione di qualsiasi patto contrattuale e del presente regolamento, salva l'azione legale per íl recupero del credito e per il risarcimento del danno. Detta previsione - per l'ampiezza della formula utilizzata - si pone al di fuori dei criteri previsti dal codice civile per la risoluzione contrattuale, con evidente squilibrio tra le posizioni delle parti. (Trib. Palermo 10/1/2000).
Ritiene invece il Collegio che non sussistono i profili di vessatorietà delle altre clausole impugnate dall'associazione resistente e che in particolare:
- art 33: la facoltà per il consorzio di far luogo a più utenze riguarda una fase antecedente la conclusione del contratto, e dunque alla stessa non è da ritenersi applicabile la disciplina in esame;
- art 70: non appare sussistere la lamentata vessatorietà della clausola posto che la previsione che le spese relative ai contratti, e le imposte, tasse

contributi e canoni sono a carico degli utenti non determina alcuno squilibrio contrattuale, come correttamente evidenziato dal giudice dalla tutela inibitoria.
Detti oneri o sono già noti al contraente, o comunque sono rimesse alla determinazione - come nel caso dei tributi o delle imposte - del legislatore, e fatta comunque salva l'eventualità dell'inserimento automatico di clausole contenente prezzi dei servizi ai sensi dell'art.1339 c.c.; né infine ritiene il Collegio che il riferimento alle "spese tutte" che individua gli oneri economici che il contraente deve sostenere per la stipulazione del contratto si ponga in contrasto con l'art 1469 c.c. quater. Alla luce di dette argomentazioni il reclamo proposto dall' Acquedotto consortile del Biviere deve essere rigettato, ed accolto in parte il reclamo incidentale proposto dall'Adiconsum con riferimento alle clausole del Regolamento Acquedotto n.41 nella parte in cui prevede che nel caso in infrazione di un qualsiasi patto contrattuale e del presente regolamento il contratto si considera risoluto per diritto salva l'azione legale per il recupero del credito e per il risarcimento del danno, e n. 66 nella parte in cui prevede che i verbali di ispezione redatti dal personale del consorzio fanno piena fede fino a prova contraria. Come disposto dal Giudice del Tribunale di Palermo — Sezione distaccata di Monreale, deve essere disposta la pubblicazione del dispositivo dell'ordinanza reclamata sul quotidiano "Il Giornale di Sicilia", nonché del dispositivo del presente provvedimento nella parte in cui accoglie il reclamo incidentale dell'Adiconsum, mediante avviso di dimensione non inferiori a cm. 20x15 che contenga l'indicazione degli estremi della controversia, dell'organo giudicante e delle parti

litiganti. La regolamentazione delle spese relative alla fase del reclamo è rimessa alla sentenza definitiva di merito.

P.Q.M.

Rigetta il reclamo proposto dall'Acquedotto Consortile del Biviere avverso l'ordinanza del Giudice - Unico del Tribunale di Palermo — Sezione distaccata di Monreale - del 4/7/2000;

In parziale accoglimento del reclamo incidentale proposto dall'Adiconsum inibisce all'Acquedotto Consortile del Biviere l'uso delle clausole del Regolamento Acquedotto n.41 nella parte in cui prevede che nel caso di infrazione di un qualsiasi patto contrattuale e del presente regolamento il contratto si considera risoluto per diritto salva l'azione legale per il recupero del credito e per il risarcimento del danno, e n. 66 nella parte in cui prevede che i verbali di ispezione redatti dal personale del consorzio fanno piena fede fino a prova contraria.

Ordina la pubblicazione del dispositivo dell'ordinanza del Giudice Unico del Tribunale di Palermo - Sezione distaccata di Monreale del 4/7/2000 - nonché del dispositivo del presente provvedimento nella parte in cui inibisce all'acquedotto l'uso delle clausole nn. 41 e 66 - a cura e spese dell'Acquedotto Consortile del Biviere, sul quotidiano "Il Giornale di Sicilia" mediante avviso di dimensioni non inferiori a cm.20 x 15 che rechi l'indicazione degli estremi della controversia, dell'organo giudicante e delle parti litiganti. Rinvia la regolamentazione delle spese alla sentenza definitiva di merito.

Palermo, 15/9/2000

*****

XII. Tribunale di Palermo, sentenza 15 luglio 2003, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Soc. Air Sicilia, Giudice Laudani

La compagnia aerea che effettui sempre i propri voli con ritardo sull'orario previsto di partenza, lede il diritto fondamentale dei consumatori alla sicurezza e qualità dei servizi previsto dall'art. 3 della legge n. 281 del 1998.

I reiterati e notevoli ritardi nei trasporti aerei di linea violano il diritto alla sicurezza e alla qualità dei servizi previsto dall'art. 1, comma 2, lett. b), L. n. 281 del 1998 e sono potenzialmente pregiudizievoli di ulteriori diritti fondamentali sia di natura patrimoniale che non patrimoniale; pertanto, le associazioni dei consumatori sono legittimate a richiedere all'autorità giudiziaria la condanna della compagnia aerea a dare adeguata notizia degli atti e comportamenti lesivi.

La condotta del vettore aereo che effettua le partenze dei voli programmati con costanti ritardi, legittima l'accoglimento di una pronunzia inibitoria ex art. 3 legge 30 luglio 1998, n. 281 volta all'accertamento della lesione del diritto fondamentale alla qualità del servizio ed alla condanna alla pubblicazione del provvedimento sui quotidiani.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
Terza Sezione Civile

Procedimento civile n. 3213/02 R.G., promosso da ADICONSUM - ASSOCIAZIONE DIFESA CONSUMATORI E AMBIENTE, in persona del segretario generale e legale rappresentante *pro tempore* rappresentata e difesa dagli avv. Gaetano Palmigiano ed Alessandro Palmigiano

ATTRICE

Contro

AIR SICILIA S.P.A., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*

CONVENUTA CONTUMACE

Visto l'art. 281 sexies c.p.c., uditi i procuratori delle parti, definitivamente pronunciando, nella contumacia della Air Sicilia S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, in accoglimento della domanda formulata da Adiconsum, Associazione Difesa Consumatori ed Ambiente, in persona del Segretario Generale, con atto di citazione notificato il 12 marzo 2002 alla Air Sicilia S.p.A., dichiara che la convenuta contumace ha violato il diritto fondamentale alla sicurezza ed alla qualità dei servizi di cui all'art. 1, II comma, lett. b) della legge n. 281/98 effettuando le partenze dei voli programmati con costanti ritardi.
Dichiara improponibile la domanda avente ad oggetto l'accertamento di pubblicità ingannevole formulata con il medesimo atto di citazione;
Dichiara il proprio difetto di giurisdizione a conoscere in ordine alla domanda formulata con il medesimo atto di citazione, avente ad oggetto

l'accertamento della violazione dell'art. 10 della legge n. 675/96.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese processuali.

Ordina che la presente sentenza sia pubblicata per estratto e per una sola volta sul quotidiano "Giornale di Sicilia" e sul quotidiano "La Repubblica" a cura e spese della Air Sicilia S.p.A.

MOTIVI

Le questioni prospettate verranno esaminate con motivazione estremamente concisa, come richiede il particolare rito adottato, e con riguardo alla prima delle domande formulate va affermata la legittimazione attiva dell'associazione attrice, che possiede i requisiti disciplinati dall'art. 5 della medesima legge, essendo iscritta all'apposito elenco presso il Ministero dell'industria del commercio e dell'artigianato (vedi doc. n. 2 contenuto nel fascicolo di parte attrice).

Inoltre, l'azione esperita è proponibile ai sensi dell'art. 3, comma 5, legge citata, avendo l'Adiconsum richiesto a mezzo lettera raccomandata alla convenuta la cessazione del comportamento denunciato (vedi doc. n. 3).

Alla luce della documentazione prodotta la prima domanda formulata dall'attrice, avente ad oggetto l'accertamento della violazione dell'art. 3, comma II, lettera b) della legge n. 281/98, merita accoglimento.

Il citato art. 3 sancisce il diritto dei consumatori, definito come fondamentale, "alla sicurezza ed alla qualità dei beni e dei servizi".

Risulta invero dai tabulati trasmessi dall'Enac – Ente Nazionale per l'Aviazione Civile – a parte attrice, che la compagnia

aerea convenuta ha sempre effettuato i voli con notevoli ritardi rispetto all'orario di partenza programmato, ritardi in certi casi protrattisi per circa tre ore (vedi doc. nn. 6, 7, 8 e 9).

In particolare negli anni 1999, 2000 e 2001 emerge che per ogni volo, sempre in partenza da Palermo e con destinazioni nazionali ed internazionali, vi è stato mediamente un ritardo di un'ora, per arrivare, in alcuni casi, anche a 341 minuti di ritardo (vedi doc. n. 8 pag. 26).

Tale reiterata condotta integra certamente la violazione del diritto fondamentale alla qualità ed alla sicurezza del servizio ed è potenzialmente gravemente pregiudizievole di ulteriori diritti fondamentali, sia di natura patrimoniale che non patrimoniale.

Parte attrice ha chiesto al Tribunale adito di ordinare alla convenuta "di dare adeguata notizia ai consumatori degli accertati atti comportamenti lesivi, per i motivi meglio specificati in narrativa" e ciò affinché gli stessi possano, eventualmente, agire per il risarcimento del danno subito.

Tale finalità è perseguita dalla norma di cui all'art. 3, lett. c) della legge n. 281/98, che prevede la facoltà del giudice di ordinare la pubblicazione del provvedimento che accerta la violazione nei casi in cui "la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o ad eliminare gli effetti delle violazioni accertate".

In quest'ottica, quindi, va ordinata la pubblicazione del presente provvedimento a cura e spese della Air Sicilia S.p.A., come richiesto espressamente dalla Adiconsum.

Ulteriore domanda ha poi ad oggetto l'accertamento di utilizzazione di pubblicità ingannevole ai sensi

dell'art. 2 del dec. Leg. n. 74/92 da parte della convenuta, mentre la domanda accessoria di inibitoria è stata oggetto di espressa rinuncia.
La suddetta domanda va dichiarata improponibile, in mancanza di prova in ordine alla preventiva diffida prevista dall'art. 3, comma 5, legge citata.
Infatti, dalla documentazione offerta (vedi in particolare doc. nn. 3 e 4) emerge che le diffide formulate hanno ad oggetto esclusivamente i ritardi delle partenze dei voli e la violazione della legge sul trattamento dei dati personali.
Infine, deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario relativamente alla domanda avente ad oggetto la violazione dell'art. 10 della legge 675/96, avendo l'art. 39 della stessa legge attribuito in via esclusiva al Garante per la protezione dei dati personali il potere di accertamento e di irrogazione di sanzioni amministrative in caso di violazione del suddetto art. 10.
E' appena il caso di precisare al riguardo che l'art. 29 prevede in via alternativa il ricorso al Garante o all'Autorità Giudiziaria solo per la tutela dei diritti contemplati dall'art. 13 della legge, che esulano dalla materia che ci occupa.
Va disattesa la richiesta di irrogare la sanzione prevista dall'art. 3, comma 5 bis, l. n. 281/98, che dovrebbe avere ad oggetto una condanna condizionata al futuro inadempimento della presente pronuncia da parte della convenuta (cioè in caso di mancata pubblicazione della sentenza).
Poiché la norma in questione non prevede espressamente la possibilità di emettere una pronuncia di condanna condizionata ad un evento futuro ed incerto – tipologia che nel vigente ordinamento ha natura del tutto eccezionale –

come invece dispone espressamente nel caso dell'art. 66, II comma, R.D. n. 929/42 (legge marchi), nel dubbio la norma va interpretata nel senso che debba essere preventivamente accertato l'inadempimento.
Sussistono giusti motivi per dichiarare interamente compensate le spese processuali tra le parti, tenuto conto dell'accoglimento parziale delle domande attrici.
Il Giudice Unico
Marinella Laudani

*****

XIII. Tribunale di Palermo, sentenza 19 febbraio 2005, Ass. naz. Pensionati ENEL –ANPE- c/ Fondo Integrat. Sanitario per dipendenti ENEL – FISDE, Giudice Jannelli

Ai fini della legittimazione all'azione inibitoria ex art. 1469 sexies cc. è necessario che l' associazione, oltre ad essere rappresentativa, agisca a tutela di consumatori.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO

Va preliminarmente evidenziato che il presente ricorso va qualificato quale ricorso per inibitoria ex art. 1469 sexies c.c. fondato sulle ragioni di urgenza paventate dal ricorrente.
Ciò premesso si osserva che coglie nel segno l'eccezione preliminare avanzata dal F.I.S.D.E. inerente il difetto di legittimazione attiva della associazione ricorrente. Deve innanzitutto precisarsi in proposito che il rimedio della inibitoria

di cui all'art. 1469 sexies c.c. mantiene un suo autonomo campo applicativo che successivamente all'introduzione del rimedio di cui all'art. 3, l. 30 luglio 1998, n. 281.
Al di là del rapporto di specialità che la normativa di cui alla legge n. 281/1998 assume rispetto a quella codicista (specialità controversa in dottrina, alla luce del suo carattere quantomeno reciproco, che renderebbe di difficile applicazione il suddetto criterio di gerarchia tra le fonti), deve porsi in rilievo la parziale diversità di *ratio*, che caratterizza i requisiti della rappresentatività ex art. 1469 sexies c.c., da un lato, e dell'iscrizione ex art. 5, 1. n. 281 del 1998, dall'altro.
La rappresentatività di cui all'art. 1469 sexies c.c., infatti, funge pressoché esclusivamente da requisito di legittimazione processuale, finalizzato a garantire la particolare funzione general-preventiva del rimedio inibitorio, incompatibile con l'acceso indiscriminate tipico della azione individuale. L'iscrizione ex art. 5, l. n. 281 del 1998, invece, oltre a legittimare l'associazione ai rimedi previsti dall'art. 3, attribuisce alla stessa il diritto ad esser rappresentata nel Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti ai sensi dell'art. 4 comma 2, il diritto alle agevolazioni ed ai contributi di cui all'art. 6 e la legittimazione attiva dinanzi il giudice straniero nelle azioni transfrontaliere relative i violazioni intracomunitarie, ai sensi degli artt. 5 commi 5 bis, 1. n. 281 del 19/1998 e 4 Direttiva 98/27/CE.
Va, inoltre, considerato che l'opportunità di una interpretazione non restrittiva della legittimazione attiva al rimedio codicistico assicura una tutela più effettiva degli interessi del consumatore, senz'altro più coerente con gli obiettivi generali perseguiti dal

legislatore comunitario (art. 153 Trattato CE) e nazionale (art. 1, 1. n. 281 del 1998) in materia di tutela dei consumatori.

Quanto esposto induce a privilegiare una soluzione estensiva del requisite della legittimazione attiva all'inibitoria ex art. 1469 sexies c.c. che permette ad associazioni non iscritte nell'elenco di cui alla legge n. 281/ 1995 di esercitare i compiti sociali di tutela dei consumatori (anche in assenza dei requisiti per l'iscrizione), come, nel caso che ci occupa, le associazioni di settore, le quali, rispetto alle associazioni dei consumatori generaliste, possono utilmente porre in essere una attività di tutela giurisdizionale di tali interessi. Tale soluzione è stata, del resto, fatta propria dalla prevalente giurisprudenza di merito che si e pronunciata sul tema (cfr. Corte d'Appello Roma, 24 settembre 2002; Corte d'Appello Roma, 7 maggio 2002). Ciò premesso, dallo statuto della A.N.P.E., prodotto dal ricorrente, all'art. 2, oltre ad una elencazione di generiche finalità, si legge che l'associazione mira a "promuovere iniziative aventi lo sviluppo ed il miglioramento della condizione economica e sociale dei lavoratori e dei pensionati di Italia e d'Europa", tutelandone i diritti quesiti nei confronti delle aziende di provenienza, degli enti previdenziali e dello Stato in tutte le sue articolazioni. Emerge, quindi, che I'associazione tutela gli aderenti al FISDE in quanto pensionati del gruppo Enel, cioè in quanto ex lavoratori dell'Enel o di aziende collegate e titolari di un trattamento di quiescenza dipendente da un pregresso rapporto di lavoro.

Tale elemento, però, esclude in capo all'associazione la possibilità di avvalersi della normativa posta a tutela dei consumatori,

difettando il requisito di associazione, sia pur di categoria, rappresentativa di consumatori richiesto dall'art. 1469 sexies c.c..

Ed invero già ai sensi dell'art. 7, direttiva 93/13/CEE, si legge che "nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali", si consente "a persone od 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 ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole". Lo stesso art. 1469 bis c.c., la cui rubrica parla di contratto concluso tra professionista e consumatore, ribadisce che parte del c.d. contratto del consumatore può essere esclusivamente la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

Consumatore è, pertanto, quel soggetto che non agisce (o che non agisce anche) per scopi professionali o imprenditoriali. Tale definizione, descritta dalla norma in termini rigorosamente negativi, rinvia all'idea di un consumatore che pone in essere atti finalizzati al consumo qualificabili come contratti ed agisce come parte di essi. Il riferimento di cui all'art. 1469 bis comma 2, c.c. ad uno scopo estraneo all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta dal consumatore va, però, interpretato in termini rigorosamente oggettivi: il legislatore, lungi dall' introdurre un'eccezionale ipotesi di rilevanza dei motivi o moventi soggettivi delle parti, ha inteso

configurare un collegamento funzionale (o strumentale) tra il bene, od il servizio, oggetto della prestazione, e l'attivita di colui che di esso si rende acquirente. Tale collegamento non si ravvisa in alcun modo nell'adesione del pensionato dell'Enel all'associazione non riconosciuta F.I.S.D.E., in veste di socio straordinario, finalizzata al (permanere del) godimento delle provvidenze sanitarie a carattere assistenziale ordinariamente riconosciute al lavoratore in servizio presso tale gruppo industriale.

Ed infatti, non la obiettiva e generica qualità di consumatore viene in rilievo al fine di ottenere tale adesione, bensì una qualità inscindibilmente collegata all'attività lavorativa dei dipendenti Enel e strettamente connessa ad essa dal punto di vista professionale (rectius, non occasionale), nonostante si tratti di lavoratori in quiescenza. Non v'è chi non veda, quindi, nella iscrizione al fondo in esame (o nel rinnovo annuale) una attività contrattuale legata al perseguimento in via associativa di interessi professionali degli ex dipendenti in pensione, connessi allo svolgimento di attività lavorative presso l'Enel o altre imprese collegate.

Del resto, proprio tra i considerando della direttiva n. 13/1993 si legge che la normativa a tutela dei consumatori non può applicarsi a "contratti di lavoro, i contratti relativi ai diritti di successione, i contratti relativi allo statuto familiare, i contratti relativi alla costituzione ed allo statuto delle società".

A conferma, poi, del rigore interpretative con cui va valutato il predetto requisito soggettivo della nozione di consumatore, refrattario a qualsiasi compromissione con finalità ulteriori rispetto a quella di mero consumo, non può non richiamarsi

il recente pronunciamento della Corte di Giustizia europea (cfr. sez. II, 20 gennaio 2005, Johann Gruber v. Bay Wa AG), secondo la quale un soggetto che ha stipulato un contratto relativo ad un bene destinato ad un uso in parte professionale ed in parte estraneo alla sua attività professionale non ha il diritto di avvalersi del beneficio della normativa comunitaria sulla tutela dei consumatori (nel caso in questione trattavasi di regole di competenza specifiche previste dagli artt. 13-15 della Convenzione del 1968), a meno che l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo irrilevante a tale riguardo il fatto che predomini l'aspetto extraprofessionale. Conclusivamente, l'A.N.P.E. non può essere considerata associazione che agisce a tutela di consumatori, bensì di ex dipendenti in quiescenza con la conseguenza che va dichiarato inammissibile il ricorso avanzato ai sensi dell'art. 1469 sexies c.c. dalla stessa avanzato. La ricorrente va, quindi, condannata alle spese del presente procedimento d'urgenza sostenute da controparte che si liquidano, in assenza di notula, in € 1.550,00, di cui € 100,00 per spese, € 500,00 per onorari ed € 950,00 per competenze, oltre spese generali, IVA e c.p.a., come per legge.

P.Q.M.

dichiarato inammissibile il ricorso avanzato in data 9 giugno 2004 ai sensi dell"art. 1469 sexies c.c. dalla A.N.P.E. in persona del legale rappresentante nei confronti del F.l.S.D.E. in persona del legale rappresentante. Condanna 1'A.N.P.E. in persona del legale rappresentante a rifondere a controparte le spese del giudizio liquidate in € 1.550,00, oltre spese generali, IVA e c.p.a., come per legge.

*****

XIV. Tribunale di Palermo, sentenza 24 febbraio 2006, Associazione difesa consumatori e ambiente (Avv.ti G. e A. Palmigiano) c. Banco di Sicilia S.p.A (Avv.ti Giudice e Piazza), Pres. Monteleone, Est. Di Pisa

Qualora la banca neghi al cliente il ricalcolo del saldo del conto corrente espungendo la capitalizzazione trimestrale degli interessi a tutto il 30 giugno 2000, la banca stessa continua di fatto ad utilizzare la clausola illegittima della capitalizzazione, assoggettando un segmento del rapporto in essere tra le parti ad una unilaterale capitalizzazione degli interessi. La tutela inibitoria collettiva, per sua natura, laddove mira ad assicurare in generale "correttezza, equità e trasparenza nei rapporti commerciali inerenti beni e servizi privati" implica una valutazione necessariamente riguardante i rapporti e, quindi, i diritti di una molteplicità di soggetti e ciò a prescindere da tutti i possibili specifici profili inerenti il singolo rapporto negoziale. Le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni sono "atipiche ed innominate" e nessun criterio certo è fornito dalla legge per la sicura individuazione del loro contenuto, garantendosi la possibilità al giudice di adottare una pronunzia avente il contenuto che più si attagli alla specifica situazione dedotta in giudizio (analoghe considerazioni vanno del resto formulate con riferimento al richiamato art. 140 del Codice del Consumo, che ha abrogato la legge n. 281 del 1998, riproponendone i medesimi principi e la medesima terminologia). E' vessatoria la clausola con la quale

la banca applica, ai rapporti di conto corrente bancario intercorrenti con i clienti- consumatori, la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito operata in via unilaterale dalla banca in senso a sé favorevole.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO

Il Tribunale di Palermo – Sez. Terza Civile – riunito in camera di Consiglio e composto da

1) Dott. Angelo Monteleone Presidente
2) Dott. Cristina Midulla Giudice
3) Dott. Fabio Di Pisa Giudice rel. Est.

ha emesso la seguente

SENTENZA

Nella causa iscritta al n. 3237/2005 R. G. vertente

TRA

Adiconsum Associazione difesa consumatori e ambiente ONLUS, in persona del suo segretario generale Paolino Landi elettivamente domiciliata ai fini del presente giudizio in Palermo via R. Wagner n. 9, presso lo studio degli Avv.ti Gaetano e Alessandro Palmigiano che la rappresentano e difendono congiuntamente e disgiuntamente giusta procura a margine dell'atto di citazione

ATTRICE

Contro

BANCO DI SICILIA Società per Azioni in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa congiuntamente e disgiuntamente dall'Avv. Mario Giudice giusta procura in Notar Serio del 16.05.2003, Rep. N. 62323 e dall'Avv. Luciano Piazza giusta procura in calce alla comparsa di risposta ed selettivamente

domiciliata presso lo studio di quest'ultimo sito in Palermo via Libertà n. 171.

CONVENUTA

Conclusioni: le parti concludono come in atti.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato in data 4.3.2005 l'Adiconsum Associazione difesa consumatori e ambiente ONLUS, in persona del suo segretario generale Paolino Landi (d'ora in poi, per brevità, "Adiconsum") conveniva in giudizio dinanzi a questo Tribunale il Banco di Sicilia Società per Azioni (per brevità "Banco di Sicilia") esponendo che la banca convenuta, sino alla data di entrata in vigore della delibera CICR del 9.2.2000, si era avvalsa, nell'ambito dei rapporti di apertura di credito in conto corrente, di una clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi addebitati sui saldi risultati passivi, clausola da ritenere vessatoria e nulla nei contratti conclusi con i consumatori, come riconosciuto dai giudici di legittimità e, segnatamente, dalla pronunzia del Supremo Collegio a Sezioni Unite n. 21095 in data 4.11.2005. Nell'evidenziare che l'istituto di credito convenuto aveva opposto il proprio rifiuto alle richieste, avanzate dai singoli consumatori, di restituzione delle somme percepite in virtù della applicazione della anzidetta clausola (nulla e vessatoria ex art. 1469 bis cod. civ.), osservava che tale rifiuto integrava gli estremi di un comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti ai sensi dell'art. 3, lett. a), l. 30 Luglio 1998 n. 281. Lamentava, altresì, che il Banco di Sicilia aveva negato ai consumatori - sia in sede giudiziale che in sede stragiudiziale - l'accesso alla documentazione relativa ai loro conti correnti (e segnatamente agli estratti conto)

antecedenti i dieci anni dalla richiesta e ciò sebbene tale documentazione esistesse e fosse stata conservata, sia pure su supporto informatico. Tanto premesso chiedeva: a) dichiarare la natura vessatoria ai sensi degli artt. 1469 bis e segg. cod. civ. nonché la nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal correntista operanti prima dell'aprile 2000; b) inibire alla banca convenuta l'uso di tali clausole nei rapporti con i consumatori; c) dichiarare che il comportamento della banca, consistito nel rifiuto, da un lato, di dare corso alla restituzione delle somme percepite in ragione della menzionata clausola e, dall'altro, di consegnare la documentazione contabile relativa ai rapporti dì conto corrente, anche se anteriore al decennio dalla richiesta, costituiva violazione degli interessi dei consumatori ai sensi dell'art. 3, comma 1° lett. a) l. 281/1998; d) ordinarsi alla banca convenuta di cessare tale condotta e, conseguentemente, di restituire ai clienti consumatori le somme indebitamente percepite in virtù della applicazione di tale clausola nonché di consegnare agli istanti copia di tutta la documentazione bancaria relativa al rapporto contrattuale, anche se antecedente al decennio; e) adottare ogni altra misura idonea a correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate, come previsto dall'art 3 della legge cit.; f) ordinarsi la pubblicazione del provvedimento a spese della società convenuta su alcuni quotidiani nazionali come previsto dall'art. 1469 sexies, comma terzo, cod. civ. nonché dall'art. 3 lett. leg. cit.; g) ordinare alla convenuta di inviare ai propri clienti consumatori una missiva contenente indicazioni esplicative in ordine alle vessatorietà della richiamata clausola ed alla

illiceità dei propri comportamenti; h) disporre, ai sensi dell'art. 3, comma 5 bis, l. 30 Luglio 1998 n. 281, in ipotesi di inadempimento degli obblighi stabiliti nella sentenza, decorsi dieci giorni dalla pubblicazione della stessa, il pagamento da parte del Banco di Sicilia di una somma pari ad € 1.032,00 per ogni giorno di ritardo. Si costituiva il Banco di Sicilia il quale rilevava, in primo luogo, la inammissibilità della richiesta di parte attrice atteso che le clausole in contestazione non erano più operanti, perché sostituite da quelle adottate in conformità alla citata delibera CICR del 9.2.2000. Eccepiva, poi, la inammissibilità della istanza volta alla declaratoria della illegittimità della utilizzazione di detta clausola nonché del rifiuto opposto da essa convenuta di restituire le somme percepite sulla base di clausole anatocistiche vigenti anteriormente alla citata delibera, in quanto parte attrice mirava, in relazione ai fatti de quibus, ad un "accertamento giudiziale con portata generale ed astratta" non previsto dalla legislazione vigente. Precisava, in particolare, come il giudice "essendo indissolubilmente vincolato all'accertamento del singolo, specifico fatto storico, non è facultato ad universalizzare il giudizio di liceità-illiceità formulato con riguardo a quest'ultimo". Rilevava, altresì, la liceità della condotta di essa convenuta rifiutatasi di dare corso "spontaneamente - cioè in assenza di un giudicato che, puntualmente caso per caso, accerti la illegittimità di tale condotta -" alla restituzione delle somme percepite in relazione alle clausole anatocistiche vigenti anteriormente alla sopra richiamata delibera atteso che si imponeva, per ogni singola fattispecie, una verifica in concreto della sussistenza dei presupporti del diritto alla

ripetizione vantato dal singolo cliente e tenuto conto che la stessa, nell'esercizio del suo inviolabile diritto di difesa, costituzionalmente garantito, mirava a perseguire una revisione dell'orientamento giurisprudenziale attualmente vigente. Deduceva, altresì, come doveva ritenersi del tutto inammissibile la richiesta finalizzata alla cessazione della condotta della banca, asseritamente ostruzionistica, di procedere alla restituzione delle somme percepite sia in considerazione del fatto che "un siffatto ordine di cessazione configurerebbe gli estremi di una inibitoria a contenuto positivo laddove, come è noto, la tutela inibitoria pone capo ad un non facere..." sia in ragione della circostanza che "suo tramite si finirebbe per dare fondamento a quel diritto al rimborso in capo ai singoli clienti che, viceversa, non può che essere oggetto di uno specifico accertamento caso per caso" nell'ambito di uno apposito giudizio avente petitum e causa petendi rigorosamente circoscritti.

Aggiungeva, infine, che non poteva trovare accoglimento la richiesta volta ad ottenere la consegna di tutta la documentazione bancaria, anche anteriore al decennio, atteso che la condotta di essa banca era conforme al dettato enunciato dall'art. 2200 cod. civ. nonché alla previsione contenuta nell'art. 119, ult. Comma, D.Lgs 385/1993 e che era contrario a buona fede nonché lesivo del diritto di difesa costringerla a "reperire, allestire e collazionare una documentazione di mole eccezionalmente ingente che essa non è tenuta per legge a conservare e la fornisca ad una massa indistinta dei suoi possibili futuri contraddittori".

A seguito dello scambio di memorie di replica ex artt. 6 e 7 D. L.vo 17 Gennaio 2003, n.5, venivano

depositate l'istanza di fissazione dell'udienza da parte dell'Adiconsum nonché memoria ex art. 10 D.L. citato da parte della convenuta.
Quindi il giudice relatore, con decreto in data 5.12.2005, rigettava le prove dedotte dall'attrice, rimettendo le parti dinanzi al collegio.
All'udienza collegiale del 24.2.2006, dopo la discussione orale, il Tribunale confermava il decreto del giudice relatore e poneva la causa in decisione, assegnando il termine di legge per il deposito della sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Appare opportuno premettere alcune puntualizzazioni sulla natura delle domande avanzate dell'attrice al fine di una migliore comprensione delle eccezioni di parte convenuta.
Va osservato che l'Adiconsum, nel lamentare la illegittimità della condotta del Banco di Sicilia inerente l'utilizzo della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito nei rapporti di conto corrente stipulati con i consumatori, a suo dire pregiudizievole dei diritti di questi ultimi nonché la illiceità del comportamento di detto istituto bancario rifiutatosi di consentire l'accesso alla documentazione relativa ai conti correnti dei consumatori (e segnatamente agli estratti conto) antecedenti i dieci anni dalla richiesta e ciò sebbene tale documentazione fosse stata conservata dalla banca, ha avanzato le domande oggetto di causa sia ai sensi dell'art. 1469 sexies cod. civ. che ai sensi della L. 30 Luglio 1998, n. 281 (normative riproposte ed, in parte, sostituite con talune modifiche nell'ambito del recente D.L.vo 6 Settembre 2005 n. 206, c.d. Codice del Consumo).

Rileva il Tribunale che le c.d. azioni di interesse collettivo a contenuto inibitorio, di cui alle richiamate disposizioni, mirano, da un lato, a fare cessare le condotte illecite già in essere e dall'altro ad imporre all'autore della condotta lesiva degli interessi dei consumatori un obbligo di astensione per l'avvenire da comportamenti dei quali sia stata accertata l'antigiuridicità. E' chiaro, quindi, che il presupposto oggettivo delle azioni inibitorie ex art. 1469 sexies cod. civ. ed ex art. 3 L. 281/1998 è differente posto che l'inserimento di clausole vessatorie è soltanto uno dei possibili comportamenti lesivi dei diritti dei consumatori.
Al fine di comprendere la effettiva portata della tutela "innominata" prevista dalla normativa da ultimo indicata [e riproposta, in modo sostanzialmente analogo, nell'ambito del menzionato Codice del Consumo, art. 140] deve, invero, muoversi dal contenuto dell'art. 1 della citata legge [oggi sostituito dall'art. 2 della normativa da ultimo indicata] ove si fa riferimento alla inderogabile esigenza di forte tutela nell'ambito di una amplissima gamma di settori fondamentali per i cittadini: salute, sicurezza e qualità dei prodotti, pubblicità commerciale, correttezza, equità e trasparenza nei rapporti commerciali inerenti beni e servizi privati, erogazione dei servizi pubblici secondo standards di qualità ed efficienza.
E' chiaro, quindi, l'intento della norma di introdurre e rafforzare strumenti di tutela collettiva per aumentare la protezione dei diritti dei consumatori ed assicurare esigenze di tutela destinate, altrimenti, a rimanere insoddisfatte oltre che impedire che una pluralità indefinita di pretese risarcitorie finisca per paralizzare il sistema

giudiziario, con la eventualità, peraltro, di giudizi contrastanti.

Fatte tali brevi considerazioni occorre esaminare la preliminare eccezione di inammissibilità della domanda di inibitoria, sollevata dalla banca convenuta la quale assume, in primo luogo, che la clausola relativa alla capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito non sarebbe ad oggi più operante, perché sostituita da quella adottata in conformità alla citata delibera CICR del 9.2.2000 e, in particolare, che detta clausola non sarebbe "più utilizzata in alcun modo ed in alcun senso dal Banco di Sicilia".

Sul punto va precisato che sebbene parte attrice faccia riferimento alla illiceità della clausola de qua "prima dell'aprile del 2000", poiché l'art. 7 della delibera CICR stabilisce, per i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della delibera, che le condizioni pattuite devono essere adeguate alle disposizioni contenute nella delibera entro il 30/6/00, il problema riguarda la sorte dei contratti stipulati prima della delibera CICR e per il periodo fino al 30 giugno 2000. Ne discende che, stante il richiamato alla citata delibera, la domanda attorea va riferita alla data da ultimo indicata, a prescindere dall'erroneo richiamo all'aprile 2000.

Ciò premesso va evidenziato che l'istituto di credito convenuto ha, in particolare, eccepito che "...Nel caso di specie non si vede come di utilizzazione della clausola possa sensatamente parlarsi, posto che il rapporto tra la banca ed il cliente è ormai esaurito e la pretesa restitutoria avanzata da quest'ultimo trova la sua origine non nel contratto (il cui disciplinare ospitava la clausola de qua) ma in una diversa fonte dell'obbligazione, cioè il pagamento del presunto indebito, cioè delle somme

corrisposte in ragione della regola di capitalizzazione trimestrale degli interessi. In altri termini, è evidente che una cosa è che la banca continui ad applicare ad un rapporto sorto prima che intervenisse la modifica imposta dalla delibera CICR, ma ancora in corso al momento della entrata in vigore di quest'ultima, la clausola nella sua versione originaria, proseguendo a capitalizzare trimestralmente gli interessi attivi ma non quelli passivi; cosa ben diversa è che la banca, chiusosi il rapporto di conto corrente, si astenga dal restituire spontaneamente le somme di cui il cliente esige la restituzione, nel presupposto (tutto da dimostrare) che la clausola anatocistica fosse vessatoria, giacché qui la banca non sta ovviamente utilizzando quella clausola - non la sta utilizzando per la semplice ragione che è venuto meno il rapporto in vista della costituzione e della regolamentazione del quale il contratto fu stipulato - ma piuttosto sta adottando un comportamento che [...] è solo prodromico all'esercizio del sacro ed inviolabile diritto di difesa".

La superiore eccezione, ad avviso di questo Collegio, non coglie nel segno.

Deve evidenziarsi, innanzitutto, che secondo quanto si desume dal tenore delle difese dell'Adiconsum nonché sulla scorta di ciò che si evince dalla documentazione versata in atti (v. in particolare, note del BDS in data 11.1.2005 ed in data 20.5.2005 prodotte da parte attrice) - e secondo quanto, peraltro, può ritenersi incontroverso (v. memoria del Banco di Sicilia dep. il 26.9.2005) - la questione relativa alla capitalizzazione trimestrale, ante delibera citata, attiene sia a rapporti di conto corrente già cessati

sia a rapporti di conto corrente a tutt'oggi vigenti ed operanti.

Con riferimento a tali rapporti è innegabile che la sola modifica della clausola afferente la capitalizzazione periodica degli interessi a decorrere dall'1.7.2000 non ha determinato la cessazione del rapporto contrattuale e la creazione di un nuovo contratto, con la conseguenza che, in ipotesi di rapporti stipulati prima dell'entrata in vigore della citata delibera, non cessati alla data odierna, ci si trova in presenza di clausole ancora capaci di dispiegare effetti, inerenti rapporti di durata non esauriti.

Relativamente a detti contratti non può, invero, dubitarsi che laddove la banca convenuta provveda a calcolare il saldo, mantenendo fermo il computo di interessi a debito frutto della capitalizzazione trimestrale (sino a tutto il 30.6.2000) continua, di fatto, ad 'applicare' nel rapporto con il consumatore detta clausola ritenendola legittima, non rispondendo al vero l'affermazione della convenuta secondo cui la stessa non sarebbe utilizzata "in alcun modo ed in alcun senso".

Non può, invero, non convenirsi con quanti hanno sostenuto che è irrilevante, ai fini della verifica della vessatorietà e della applicazione dei rimedi di cui alle citate disposizioni normative, la circostanza che il professionista abbia modificato lo schema regolamentare uniforme allorquando si verifica, in concreto, "la permanenza degli effetti degli schemi adottati in precedenza".

Secondo quanto si desume chiaramente dal tenore della normativa sopra richiamata le censure all'operato del professionista non riguardano unicamente il momento genetico della inserzione della clausola [dovendosi ritenere che l'inserimento

della clausola, vessatoria è solamente, come detto, uno dei possibili comportamenti pregiudizievoli per i diritti dei consumatori], ma anche l'effettivo 'utilizzo' delle condizioni, prescindendosi, quindi, dalle modificazioni sopravvenute.

Nel caso di specie è indubitabile che il Banco di Sicilia, nel negare il ricalcolo del saldo del conto corrente espungendo la capitalizzazione trimestrale, continua ad avvalersi della detta clausola, sicché "un segmento del rapporto in essere fra le parti" è assoggettato in concreto a tale previsione negoziale in quanto la banca, di fatto, effettua ancora - sia pure limitatamente ad una parte del rapporto - una unilaterale capitalizzazione degli interessi.

Non può, quindi, ragionevolmente affermarsi, come sostenuto dalla banca convenuta, che "anche i rapporti contrattuali in itinere ed adeguati al nuovo regime di reciprocità devono ritenersi, per quel che attiene alla vigenza della vecchia clausola di capitalizzazione trimestrale, esauriti".

Posto che sono rimasti invariati tutti gli altri elementi del contratto di conto corrente, il rapporto originario non è stato “chiuso”, sussiste un unico “saldo contabile” [che scaturisce dal raffronto di 'tutte' le partite di 'dare' ed 'avere' maturate durante la 'integrale' vigenza dell'intero rapporto], appare illogico parlare di un rapporto contrattuale che possa ritenersi "esaurito" [sia pure in parte].

In relazione a detti rapporti deve, pertanto, ritenersi pienamente legittima la richiesta dell'Adiconsum finalizzata alla verifica della vessatorietà della clausola suddetta e, quindi dell'antigiuridicità della condotta della banca che continua a tenerne conto nel computo del saldo,

trattandosi, quindi, di clausola che continua a dispiegare la propria piena efficacia operativa.
Rimane, pertanto, irrilevante la circostanza che la suddetta clausola non è più inserita nei "nuovi" moduli contrattuali distribuiti dalla banca convenuta alla clientela dei consumatori.
Osserva, peraltro, il Tribunale che anche con riferimento ai rapporti di conto corrente, stipulati prima dell'entrata in vigore della delibera e, ad oggi, estinti, posto che è incontroverso che la banca convenuta paralizza ogni richiesta (restitutoria o, comunque, di ricalcolo del saldo al fine di procedere al pagamento della somma effettivamente dovuta) del consumatore muovendo dal [solo] presupposto della piena validità ed efficacia della clausola *de qua*, appaiono ammissibili le domande oggi proposte.
Pur dovendosi ritenere che il diritto al risarcimento rimane un diritto individuale, imputabile a ciascuno dei consumatori danneggiati dalla condotta plurioffensiva dichiarata contra legem [secondo quanto appresso chiarito] la previsione di cui alla richiamata norma circa il diritto dei consumatori alla garanzia della "correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi", diritto tutelabile ad opera della associazioni dei consumatori che possono chiedere, ai sensi del citato art. 3, l'inibizione di "comportamenti lesivi' degli interessi dei consumatori" nonché "l'adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate", induce a ritenere che possa certamente procedersi in questa sede alla valutazione della liceità del comportamento sopra fermato posto in essere dalla banca convenuta.

Diversamente opinando si finirebbe, ad avviso di questo Tribunale, per vanificare la portata della suindicata legge nonché le finalità della stessa. Una simile conclusione - e, quindi, l'esigenza di una lettura delle disposizioni de quibus in una ottica di ampia tutela dei diritti dei consumatori, con esclusione di ogni interpretazione restrittiva - appare del resto suffragata dall'esigenza di applicare la richiamata normativa in armonia con la ratio ispiratrice della direttiva di riferimento 98/27/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori).

Quest'ultima, muovendo dal presupposto che i meccanismi esistenti sia a livello nazionale che a livello comunitario "non sempre consentono di porre termine tempestivamente alle violazioni che ledono gli interessi collettivi dei consumatori" e nella prospettiva di una ampia e piena tutela dei diritti di questi ultimi oggetto delle direttive ivi espressamente richiamate, ha stabilito che gli Stati membri adottino sistemi al fine di "ordinare con debita sollecitudine la cessazione o l'interdizione di qualsiasi violazione", quest'ultima intesa come "qualsiasi atto contrario alle disposizioni delle direttive riportate in allegato".

Prima di passare all'esame delle problematiche afferenti la natura (vessatoria o meno) della suddetta clausola - come detto ancora oggi applicata dalla banca - nonché la [dedotta] antigiuridicità della condotta della banca convenuta nei confronti dei propri clienti-consumatori, occorre soffermarsi sugli ulteriori profili di “inammissibilità” rilevati dal Banco di Sicilia.

Assume la società convenuta che sarebbe "del tutto inconcepibile un accertamento giudiziale con portata generale ed astratta della legittimità di una condotta che, per essere iscritta dentro la concreta dimensione del fatto, può essere oggetto unicamente di una valutazione puntuale. Solo al legislatore è consentito di immaginare stregue astratte di comportamento di cui predicare la liceità/illiceità *erga omnes*; il giudice, di contro, essendo indissolubilmente vincolato all'accertamento del singolo, specifico fatto storico, non è facultato ad universalizzare il giudizio liceità/illiceità formulato con riguardo a quest'ultimo", precisando, altresì, come "il rifiuto della banca di rimborsare spontaneamente le somme percette sulla base della clausola c.d. anatocistica, costituendo prima facie un atto prodromico all'esercizio del diritto di difesa potrà essere colpito da una valutazione di segno opposto solo se e quando il giudice del caso concreto dovesse constatare l'avvenuto perfezionamento del diritto alla ripetizione".

La convenuta ha, altresì, sottolineato come la normativa sopra richiamata non consentirebbe in ogni caso né l'adozione di pronunzie di mero accertamento né la possibilità di emettere statuizioni di condanna ad un comportamento positivo atteso che "come è noto la tutela inibitoria pone capo ad un non facere".

Anche tali obiezioni, secondo questo Tribunale, non appaiono condivisibili.

Occorre sottolineare, invero, come la tutela inibitoria collettiva, per sua natura, laddove mira ad assicurare, come detto, in generale "correttezza, equità e trasparenza nei rapporti commerciali inerenti beni e servizi privati" implica una

valutazione necessariamente riguardante i rapporti e, quindi, i diritti di una molteplicità di soggetti e ciò a prescindere da tutti i possibili specifici profili inerenti il singolo rapporto negoziale.
In quest'ottica appare fuorviante il richiamo operato dalla convenuta al "sacro ed inviolabile diritto di difesa" (art. 24 Cost.), atteso che ogni valutazione in ordine alla sussistenza di atti e comportamenti della banca convenuta lesivi dei diritti dei consumatori da effettuare nel presente giudizio instaurato ai sensi del richiamato art. 3, non preclude certamente alla banca di opporre, in futuro, ai clienti o ex clienti tutte le eccezioni inerenti i singoli rapporti di conto corrente al fine di paralizzare le relative istanze, secondo quanto appresso chiarito.
In ordine alla tipologia dei rimedi richiesti è evidente che le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni sono 'atipiche ed innominate' e nessun criterio certo è fornito dalla legge per la sicura individuazione del loro contenuto, garantendosi la possibilità al giudice di adottare una pronunzia avente il contenuto che più si attagli alla specifica situazione dedotta in giudizio (analoghe considerazioni vanno del resto formulate con riferimento al richiamato art. 140 del Codice del Consumo, che ha abrogato la richiamata legge, riproponendone i medesimi principi e la medesima terminologia).
Sulla scorta delle considerazioni sopra formulate, al fine di non vanificare la portata della normativa sopra richiamata e stante la prevista possibilità di adottare tutte "le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate", ben può ammettersi la adottabilità di pronunzie dichiarative e di mero accertamento, dovendosi

convenire con quanti hanno sostenuto che le misure idonee "sono tutte quelle misure in grado di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei consumatori ed in grado di realizzare appieno il comando inibitorio, sia esso di contenuto negativo o positivo, a seconda delle esigenze concrete di tutela".

La *ratio* della legge n. 281 cit. è, del resto, quella di costituire un "passo avanti" nella disciplina dei consumatori e degli utenti.

La stessa mira ad aggiungere forme di tutela, ad ampliare la c.d. *consumer protection*, per cui sarebbe interpretazione contraria alla detta finalità quella che mira a limitare fortemente i possibili contenuti della inibitoria e non ammette pronunzie dichiarative.

In questa prospettiva non può, pervero, non ammettersi la possibilità di adottare misure implicanti l'obbligo di eliminare gli effetti della condotta lesiva e, quindi, anche una prestazione di fare.

Sebbene il concetto stesso di inibitoria richiama un ordine di non fare, vale a dire una condotta a contenuto negativo, è innegabile che ogni qualvolta la violazione dei diritti dei consumatori si sostanzi in un comportamento omissivo l'unica possibile forma di inibitoria è proprio quella consistente nella imposizione di un *facere* e del resto "da un punto di vista teorico anche l'inibitoria positiva potrebbe sempre essere rovesciata in una inibitoria negativa. Il che è quanto dire che il giudice invece di ordinare un determinato comportamento atto a fare cessare l'illecito potrebbe ordinare la cessazione dell'illecito *tout court*. In altri termini, sempre in linea puramente teorica, si potrebbe

affermare che tutte le inibitorie positive potrebbero risolversi in altrettante inibitorie negative".
A questo punto occorre esaminare la questione relativa al carattere vessatorio e meno della clausola "applicata" dal Banco di Sicilia in forza la quale è stabilito che "i rapporti di dare ed avere vengono regolati, in via normale, annualmente al 31 dicembre portando in conto gli interessi. I conti che risultano anche saltuariamente debitori vengono regolati, in via normale, trimestralmente e cioè a fine marzo, giugno e dicembre di ogni anno, applicando agli interessi ed alle competenze di chiusura valuta data di regolamento del conto".
In ordine al meccanismo della capitalizzazione trimestrale di detti interessi a debito (o anatocismo, cioè quell'operazione di "conversione degli interessi in debito di capitale allo scopo di provocare la decorrenza di nuovi interessi sulla somma per tale titolo dovuta" - così in dottrina -), applicata pacificamente dalla banca convenuta sui contratti di conto corrente [stipulati prima dell'entrata in vigore della delibera citata], va precisato che la Corte di Cassazione con la pronunzia 16 Marzo 1999, n. 2734, con improvviso *revirement,* ha escluso la esistenza di un uso normativo in deroga al divieto, affermando che "la previsione contrattuale della capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, in quanto basata, su un uso negoziale, ma non su una vera e propria norma consuetudinaria, è nulla in quanto anteriore alla scadenza degli interessi".
Alcuni mesi dopo l'avvento di detta giurisprudenza fortemente innovativa, è intervenuta una modifica legislativa, vale a dire l'art. 25, 3° co., D.L. n. 342/99 (di modifica dell'art. 120 TU Bancario, che ha stabilito che le clausole anatocistiche, previste

nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera del CICR di cui al II comma dell'art. 120, sono valide ed efficaci fino a tale data), disposizione che è stata espunta dall'ordinamento in forza della sentenza n° 425/2000 della Corte Costituzionale.

Il Giudice delle leggi ha dichiarato l'art. 25, III comma, illegittimo "nella parte in cui stabilisce che le clausole riguardanti la produzione di interessi su interessi maturati, contenuti nei contratti stipulati anteriormente alla delibera del CICR, relativa alle modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, siano valide ed efficaci fino a tale data e che, dopo di essa, debbono essere adeguate - a pena di inefficacia da farsi valere solo dal cliente - al disposto della menzionata delibera, con le modalità ed i tempi ivi previsti".

Sul punto va precisato che lo stesso intervento del legislatore, finalizzato a 'regolarizzare' i suindicati rapporti quanto al meccanismo della capitalizzazione, ha avuto come dato di partenza la chiara consapevolezza invalidità di detta clausola ante delibera CICR.

Invero l'art. 120 TU Bancario, come modificato dall'art. 25 D. L.gvo 342/99, ha attribuito al CICR il potere di stabilire le modalità ed i criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria.

Con l'emanazione della relativa deliberazione (in data 9.2.00, pubblicata nella G.U. 22 febbraio 2000), deve oggi ritenersi certa la legittimità della capitalizzazione degli interessi pattuita mediante apposite clausole contenute nei contratti bancari.

Quindi, la disciplina introdotta dal CICR vale per: - i contratti bancari stipulati dopo la data di entrata in vigore della delibera del CICR 9/2/00; - contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della delibera, ma con l'adeguamento con effetto dal 1° luglio 2000: l'art. 7 della delibera CICR stabilisce che le condizioni pattuite devono essere adeguate alle disposizioni contenute nella delibera, come detto, entro il 30/6/00.

E' rimasto, quindi, il problema della sorte dei contratti stipulati prima della delibera CICR e per il periodo fino al 30 giugno 2000, problema questo che riguarda i contratti di conto corrente stipulati dai consumatori in relazione ai quali l'Adiconsum ha promosso l'odierno contenzioso.

Sulla capitalizzazione degli interessi a debito, in precedenza, l'orientamento consolidato della Suprema Corte, fin dalla sentenza 6631/81, era nel senso che "...nel campo delle relazioni tra istituti di credito e clienti, in tutte le operazioni di dare ed avere, l'anatocismo trova generale applicazione in quanto sia le banche e sia i clienti chiedono e riconoscono come legittima la pretesa degli interessi da conteggiarsi alla scadenza non solo sull'originario importo versato ma anche sugli interessi da questo prodotti e ciò a prescindere dai requisiti richiesti dall'art. 1283 c.c.".

Fino al 1999, in definitiva, il quadro normativo di riferimento era rappresentato dall'art. 1283 c.c.; tale norma, di carattere imperativo e di natura eccezionale, consente l'anatocismo solo in presenza di determinate condizioni: - deve trattarsi di interessi scaduti da almeno sei mesi; - occorre la proposizione di una domanda giudiziale o la stipulazione di una convenzione successiva alla scadenza degli interessi.

Quindi, la Cassazione dal '99 (v. sentenza sopra citata), con impostazione che ha continuato a muoversi esclusivamente nel solco della disposto di cui all'art. 1283 c.c., si è soffermata sulla natura della prassi in virtù della quale nei contratti di conto corrente bancario era inserita la clausola della capitalizzazione trimestrale, sostenendo che tale prassi, tale 'consuetudine', non è connotata dai caratteri idonei a far configurare un uso normativo - come aveva detto la precedente giurisprudenza - rimanendo essa confinata nei più ristretti limiti dell'uso negoziale, non suscettibile di assumere rilievo nell'ottica del citato art. 1283.
Ancora, ha precisato che l'esistenza di una vera e propria consuetudine legittimante la prassi della capitalizzazione trimestrale non è mai stata accertata dalla commissione speciale permanente presso il Ministero dell'Industria, ai sensi del d. leg. c.p.s., n. 152 del 1947, e che gli accertamenti - da parte di alcune camere di commercio provinciali - di usi locali conformi alle norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI sono tutti successivi al 1952, sicché, avendo preso effetto le n.b.u. proprio dal 1°.1.1952, deve escludersi che queste attestino l'esistenza di usi locali preesistenti, e deve, piuttosto, presumersi che l'accertamento dell'uso locale sia null'altro che il rilievo di prassi negoziali conformi alle condizioni generali predisposte dall'ABI: prassi cui non può riconoscersi efficacia di fonte di diritto obiettivo se non altro per l'evidente difetto dell'elemento soggettivo dell' *opinio iuris ac necessitatis*, giacché dalla comune esperienza emerge che l'inserimento delle clausole di capitalizzazione trimestrale è acconsentito da parte dei clienti non in quanto tali clausole siano ritenute conformi a norme già esistenti, ma solo in

quanto sono comprese nei moduli predisposti dalle banche e non suscettibili di negoziazione individuale. Inoltre, ha ritenuto che l'art. 1283 c.c. avrebbe carattere imperativo, e che le norme che dettano una disciplina diversa - si tratta delle norme in materia di conto corrente ordinario che consentono l'anatocismo senza i limiti del 1283 c.c. - non possono applicarsi al conto corrente bancario, stante la specialità della disciplina che lo caratterizza.

Tale nuovo arresto del Supremo Collegio è stato, poi, costantemente, chiaramente ed univocamente confermato, dalle successive sentenze nn. 12507/1999, 6263/2001, 1281/2002, 4490/2002, 4498/2002, 8442/2002, 17338/2002, 2593/2003, 12222/2003, 13739/2003, fino alla recente Cassazione SS.UU. Civili 7 ottobre - 4 novembre 2004 n. 21095.

Quest'ultima pronuncia, in particolare, si è soffermata sulla "insuperabile valenza retroattiva dell'accertamento di nullità delle clausole anatocistiche", di cui si è mostrato subito ben consapevole anche il legislatore il quale ha dettato, nel comma 3 dell'art. 25 del già citato d.lgs. 342/1999, una norma ad hoc, volta appunto ad assicurare validità ed efficacia alle clausole di capitalizzazione degli interessi inserite nei contratti bancari stipulati anteriormente alla entrata in vigore della nuova disciplina, paritetica, della materia, di cui ai precedenti commi primo e secondo del medesimo art. 25. Norma, come detto, poi espunta dall'ordinamento, perché dichiarata incostituzionale, nella parte relativa alla cd. "sanatoria del pregresso", (ma) che ha confermato la necessità della capitalizzazione paritetica degli interessi tra cliente e Istituto di credito,

introducendo (cfr. nuovo testo dell'art. 120 T.U. bancario) il criterio generale secondo il quale nelle operazioni in conto corrente deve essere assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, con l'eliminazione di quella dissimmetria nella produzione degli interessi anatocistici, la cui ingiustizia ha palesemente ispirato il più recente indirizzo della Cassazione.

Con la pronunzia a Sezioni Unite citata, la Suprema Corte ha ricordato che "dalla comune esperienza emerge che i clienti si sono nel tempo adeguati all'inserimento della clausola anatocistica non in quanto ritenuta conforme a norme di diritto oggettivo già esistenti o che sarebbe auspicabile fossero esistenti nell'ordinamento, ma in quanto comprese nei moduli predisposti dagli istituti di credito, in conformità con le direttive dell'associazione di categoria, insuscettibili di negoziazione individuale e la cui sottoscrizione costituiva al tempo stesso presupposto indefettibile per accedere ai servizi bancari. Atteggiamento psicologico ben lontano da quella spontanea adesione a un precetto giuridico in cui, sostanzialmente, consiste *l'opinio juris ac necessitatis*, se non altro per l'evidente disparità di trattamento che la clausola stessa introduce tra interessi dovuti dalla banca e interessi dovuti dal cliente".

Pertanto, esclusa l'esistenza di un uso normativo bancario, la clausola di anatocismo trimestrale previsto dalle condizioni di apertura di credito in conto corrente di che trattasi si manifesta in aperto contrasto con le prescrizioni imperative dell'art. 1283 c.c..

Orbene la valutazione della vessatorietà della detta clausola nonché della antigiuridicità della condotta del Banco di Sicilia in ordine alla applicazione della medesima non può prescindere dal superiore quadro.

Tutti gli interventi normativi e le recenti pronunzie giurisprudenziali del Supremo Collegio (sotto questo profilo non bisogna trascurare la funzione nomofilattica della Cassazione, specie in relazione alle pronunzie a Sezioni Unite) degli ultimi sette/otto anni muovono da un dato certo: la illiceità di una capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito operata in via unilaterale dalla banca in senso a sé favorevole.

Non può, del resto, negarsi che trattasi di clausola, espressione del prepotere contrattuale delle banche, la quale determina un forte squilibrio a danno del contraente debole, quale è tipicamente il cliente privato della banca costretto ad aderire, in difetto di reali alternative, alle condizioni economiche unilateralmente predisposte ed applicate da tutti gli istituti del credito.

Come è stato osservato la capitalizzazione trimestrale, applicata dalla banca a senso unico, fa si che il finanziamento sia gravato, in aggiunta al dichiarato corrispettivo del servizio (e cioè gli interessi al tasso convenzionalmente pattuito), di un ulteriore costo a fronte del quale non si prevede alcuna contropartita, costo che, come si evince dal tenore della citata clausola grava sul cliente-consumatore anche in ipotesi di saldi solo "saltuariamente" debitori (previsione quest'ultima certamente assai pregiudizievole ed insidiosa per il cliente).

Mentre rientra nella fisiologia del rapporto contrattuale di conto corrente bancario la

discrepanza fra tassi attivi e passivi sicché certamente ciò non implica alcun profilo di vessatorietà, diversa cosa è la imposizione da parte della banca di un meccanismo contrattuale con cui si autoattribuisce (indiscriminatamente nei rapporti con tutti i clienti) una posizione di certo vantaggio che non trova corrispondenza, in quanto tale, in alcuna specifica controprestazione.
Lo "sbilanciamento" che per tale via viene a concretizzarsi lungi dal contemperare gli interessi della parti, rappresenta una chiara esplicazione del potere 'normativo' del soggetto 'forte' il quale viene ad imporre alla controparte, in modo tutt'altro che chiaro un costo aggiuntivo al servizio reso.
La vessatorietà della detta clausola, quanto allo squilibrio, appare del resto confermata dalla stessa previsione contenuta nell'art. 120 del T.U. Bancario e dalla successiva delibera CICR sopra citata la quale ha ammesso la capitalizzazione trimestrale solamente a condizione di reciprocità.
Va, pertanto, dichiarata la vessatorietà della clausola – a tutt'oggi operante nei rapporti *in itinere*, intercorrenti con l'istituto convenuto, sorti anteriormente alla citata delibera – con la quale la banca convenuta applica ai clienti-consumatori, nei rapporti di conto corrente bancario, la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito, e ciò sino al 30.6.2000.
Sulla scorta delle precedenti considerazioni non può, poi, sottacersi che l'operato della banca la quale, in relazione a tale rinnovato quadro normativo e giurisprudenziale e del carattere certamente vessatorio di detta clausola, a seguito di apposita istanza scritta del cliente (o ex cliente) – consumatore si rifiuti costantemente di ricalcolare il saldo del conto ancora operante ovvero, con

riferimento a contratti esauritisi, di restituire le somme incassate in forza della illegittima capitalizzazione degli interessi a debito, ponendo in essere tale comportamento solo ed esclusivamente nel presupposto della piena validità ed efficacia della detta clausola, costituisce una condotta antigiuridica lesiva dei diritti dei consumatori.

Va chiarito in questa sede, al fine di sgombrare il campo dalle contestazioni formulate sul punto dal Banco di Sicilia, che con la odierna pronunzia non si vuole né si potrebbe escludere il diritto della banca di paralizzare simili istanze sulla base di "eccezioni" afferenti le singole posizioni ed i singoli rapporti (quali, ad esempio, eccezioni di: prescrizione, giudicato, compensazione, carenza di legittimazione attiva e/o passiva, inammissibilità ai sensi dell' art. 90 del Decreto Legislativo 385/93 [Testo Unico delle norme in materia bancaria e creditizia]) ma si mira a valutare, criticamente, la condotta della banca che respinge dette richieste muovendo solamente dalla affermazione della liceità del proprio operato in ordine alla applicazione della suddetta clausola, ritenuta pienamente valida.

È sufficiente, al tal proposto, richiamare il contenuto della nota del Banco di Sicilia in data 20.5.2005 in atti avente ad oggetto "reclami in tema di anatocismo: ricalcolo interessi sul conto corrente n°... " ove, nel disattendere la richiesta del cliente, viene evidenziato che "la capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori prima del 22.4.2000 è da ritenersi legittima in quanto consolidata da unanime giurisprudenza a riguardo".

Dalla detta nota, nonché da quella pressoché identica in data 11.1.2005, emerge, quindi, chiaramente che il Banco di Sicilia continua paralizzare le istanze dei clienti-consumatori inerenti l'applicazione, dell'anatocismo sempre e comunque, ed anche in assenza di specifiche eccezioni opponibili al correntista.

Conseguentemente, stante l'accertata illiceità della condotta, va fatto divieto al Banco di Sicilia di respingere le istanze avanzate da titolari di rapporto di conto corrente (consumatori) finalizzate al ricalcolo della esposizione debitoria previa depurazione della capitalizzazione trimestrale al 30.6.2000 ovvero quelle dirette alla ripetizione di somme corrisposte in eccedenza in virtù della applicata capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito sino a detta data, esclusivamente in ragione della piena validità ed efficacia della menzionata clausola e qualora non abbia alcuna [diversa] "eccezione", inerente il singolo rapporto di conto corrente bancario, opponibile al cliente-consumatore.

Va, quindi, osservato che la suindicata normativa, mantenendo fermo il diritto di ciascuno al risarcimento del danno, non appare consentire una forma di risarcimento del danno collettiva, come confermato dalla circostanza che la stessa è stata solamente `ipotizzata' nell'ambito di disegni di legge di modifica. A tal proposito va, in particolare, segnalato il d.d.l. 3058/S/XIV, in forza del quale stato proposto di aggiungere, dopo il comma 6 dell'art. 3 L. 30 luglio 1998, n. 281, il seguente 6 bis. Le associazioni dei consumatori e degli utenti, di cui al comma 1, le associazioni dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura possono altresì richiedere al tribunale

del luogo ove ha la residenza o la sede il convenuto la condanna al risarcimento dei danni e la restituzione di somme dovute direttamente ai singoli consumatori o utenti interessati, in conseguenza di atti illeciti plurioffensivi commessi nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità previste dall'articolo 1342 del codice civile, ivi compresi quelli in materia di credito al consumo, rapporti bancari e assicurativi, strumenti finanziari, servizi di investimento e gestione collettiva del risparmio, sempre che ledano i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti. La legittimazione di cui al periodo precedente è esclusa nei settori in cui siano previste procedure di conciliazione o arbitrali per la risoluzione delle medesime controversie innanzi ad autorità amministrative indipendenti". Conseguentemente deve essere respinta la domanda attorea diretta alla condanna della banca convenuta alla restituzione ai singoli clienti consumatori delle somme indebitamente percepite in virtù della applicazione della menzionata clausola. L'Adiconsum ha, poi, affermato la illiceità della condotta della banca, asseritamente assai lesiva dei diritti dei consumatori, rifiutatasi di consegnare la documentazione in suo possesso relativa ai conti correnti (e segnatamente agli estratti conto) antecedenti i dieci anni dalla richiesta. Osserva il Tribunale che appare privo di pregio l'operato richiamo alle norme di cui al D.L.vo 30 Giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice della Privacy), ove si evidenzi che, nella fattispecie in esame, trova applicazione la normativa speciale fissata dall' art. 119 del T.U. n. 385/1993 il quale prevede, al punto quattro, il diritto del cliente ad ottenere "copia della documentazione inerente a singole

operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni" nonché il principio generale posto dall' art. 2220 c.c., in tema di obbligo della tenuta delle scritture contabili [per dieci anni] da parte dell'imprenditore, disposizioni correlate al generale termine di prescrizione decennale ordinaria. In difetto di alcuna deroga contenuta nella citata normativa sulla *privacy* e stante il diritto dell'imprenditore bancario a non conservare la documentazione contabile ultradecennale nonché l'obbligo dello stesso — previsto dalla specifica disciplina in materia — di consegnare gli estratti conto relativi all'ultimo decennio deve escludersi che la condotta della banca convenuta, lamentata dall' Adiconsum, possa ritenersi illegittima. Sarebbe del resto contrario a buona fede imporre alla banca – la quale, peraltro, provvede all'invio periodico degli estratti conto che il cliente è 'tenuto' a conservare – di preservare, in modo integrale e completo, oltre il decennio tutta la documentazione afferente i singoli rapporti di conto corrente con i clienti-consumatori atteso che si finirebbe per obbligare la banca a conservare potenzialmente "all'infinito" una massa "indeterminata" di dati, costringendo la stessa ad una attività dispendiosa quanto inutile anche perché contraria ai diritti/doveri sanciti dalle dette norme. Nell'ambito del rapporto contrattuale, ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio (vedi Cass. 3775/1994), interesse della banca che sarebbe certamente pregiudicato dalla imposizione, indiscriminata, di un obbligo di mantenere

dati in proprio possesso senza alcun limite temporale ed, anzi, oltre un limite fissato ex lege.
Conseguentemente deve escludersi che una simile condotta della banca, vale a dire il rifiuto della stessa di conservare e consegnare la documentazione contabile oltre il decennio dalla richiesta, possa essere qualificata come antigiuridica e vessatoria.
In accoglimento della specifica istanza avanzata dall'Adiconsum ai sensi dall' art. 1469 sexies, comma terzo, cod. civ. nonché dall'art. 3 lett. a) l. 30 Luglio 1998 n. 281, al fine di meglio assicurare un tutela dei diritti dei consumatori pregiudicati dalla applicazione della detta clausola vessatoria da parte del Banco di Sicilia attraverso una ampia diffusione della odierna decisione, deve essere disposta la pubblicazione di un breve estratto della presente sentenza (contenente la indicazione degli estremi della controversia, dell'organo giudicante, delle parti e del dispositivo) per una sola volta sui quotidiani "Il Corriere della Sera" ed "Il Giornale di Sicilia" a cura e spese della banca convenuta.
Tale pubblicazione appare sufficiente a garantire i diritti dei consumatori, dovendosi, conseguentemente, rigettare la richiesta attorea finalizzata ad ordinare alla convenuta di inviare ai propri clienti consumatori una missiva contente indicazioni esplicative in ordine alle vessatorietà della richiamata clausola ed alla illiceità dei propri comportamenti nonché la assai generica richiesta diretta ad "adottare ogni altra misura idonea a correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate".
Va, infine, disposto, ai sensi dell' art. 3, comma 5, bis 1. 30 Luglio 1998 n. 281, in ipotesi di

inadempimento degli obblighi stabiliti nella presente sentenza - e, segnatamente, nel caso in cui il Banco di Sicilia continuasse a respingere (espressamente per iscritto ovvero a seguito di inerzia protrattasi oltre il termine di gg. 60 dalla ricezione della richiesta scritta) le istanze avanzate da titolari (o ex titolari) di rapporto di conto corrente (consumatori) finalizzate al ricalcolo della esposizione debitoria previa depurazione della capitalizzazione trimestrale al 30.62000 ovvero quelle dirette alla ripetizione di somme corrisposte in eccedenza in virtù della applicata capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito sino a detta data, esclusivamente in ragione della piena validità ed efficacia della menzionata clausola e qualora non abbia alcuna [diversa] "eccezione", inerente il singolo rapporto di conto corrente bancario, opponibile al cliente-consumatore, decorsi centoventi giorni dalla pubblicazione della presente sentenza, il pagamento da parte del Banco di Sicilia di una somma pari ad € 516,00 per ogni giorno di ritardo, da versare "all'entrata del bilancio dello Stato".

Tenuto conto dell'esito complessivo della lite e della natura delle questioni trattate sussistono giusti motivi per compensare per 1/3 le spese di lite, mentre la restante quota dei 2/3 – liquidata in euro 4.150,61 di cui euro 234,61 per spese vive ed euro 666,00 per diritti, oltre iva e cpa e rimborso per spese generali ai sensi della vigente TF – va posta a carico del Banco di Sicilia prevalentemente soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunziando, disattesa ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

a) dichiara la vessatorietà della clausola con la quale il Banco di Sicilia applica, ai rapporti di conto corrente bancario intercorrenti con i clienti-consumatori, la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito, e ciò sino al 30.6.2000;
b) ordina al Banco di Sicilia di astenersi dal respingere le istanze avanzate da titolari di rapporto di conto corrente (consumatori) finalizzate al ricalcolo della esposizione debitoria previa depurazione della capitalizzazione trimestrale al 30.6.2000 ovvero quelle dirette alla ripetizione di somme corrisposte in eccedenza in virtù della applicata capitalizzazione trimestrale a debito sino a detta data, esclusivamente in ragione della piena validità ed efficacia della menzionata clausola e qualora non abbia alcuna [diversa] eccezione, inerente il singolo rapporto di conto corrente bancario, opponibile al cliente-consumatore;
c) dispone la pubblicazione di un breve estratto della presente sentenza (contenente la indicazione degli estremi della controversia, dell' organo giudicante, delle parti e del dispositivo) per una sola volta sui quotidiani "Il Corriere della Sera" ed "Il Giornale di Sicilia" a cura e spese della banca convenuta;
d) dispone, ai sensi dell' art. 3 comma 5 bis l. 30 Luglio 1998 n. 281, in ipotesi di inadempimento degli obblighi stabiliti nella presente sentenza, come precisati nella parte motiva, decorsi centoventi giorni dalla pubblicazione della stessa, il pagamento da parte del Banco di Sicilia di una somma pari ad € 516,00 per ogni giorno di ritardo, da versare "all' entrata del bilancio dello Stato";
e) dichiara compensate per 1/3 le spese di lite e pone la restante quota dei 2/3 – liquidata in euro

4.150,61 oltre iva e cpa e rimborso per spese generali ai sensi della vigente TF -a carico del Banco di Sicilia.
Così deciso in Palermo nella Camera di Consiglio della Terza Sezione Civile del Tribunale in data 24 Febbraio 2006

*****

XV. Tribunale di Palermo, sentenza 30 giugno 2008, n. 3896, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv. Alessandro Palmigiano) c. Grimaldi Compagnia di Navigazione (Avv.ti G. De Santo, F. Cadeddu, R. Vilardo) Giudice Di Pisa.

Destinatari dell'azione inibitoria di cui all'art. 37 del codice del consumo sono sia i soggetti che concludono i contratti, che i professionisti che utilizzano o raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto vessatorie, potendo quest'ultimi essere certamente soggetti diversi dai contraenti. La scelta del legislatore del termine ("utilizzare") contenuto nella suddetta norma non appare del resto casuale, volendosi ricomprendere una categoria notevolmente ampia di soggetti "professionisti" che si avvalgono, avvantaggiandosene in modo vario, di tali clausole (nella fattispecie il Tribunale ha ritenuto la norma applicabile anche nei confronti di una società di trasporto marittimo esecutore di indicazioni provenienti dai vettori cui asseriva essere formalmente legata da un rapporto di agenzia).

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
Terza Sezione Civile

Il Giudice Dott. Fabio Di Pisa

ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al R.G. n. 16030/2007 vertente

TRA

ADICONSUM Associazione difesa consumatori e ambiente ONLUS, in persona del suo segretario generale Paolino Landi elettivamente domiciliata ai fini del presente giudizio in Palermo, Via R. Wagner a. 9 presso lo studio dell' Avv. Alessandro Palmigiano che la rappresenta e difende giusta procura a margine dell' atto di citazione

ATTRICE

Contro

Grimaldi Compagnia di Navigazione S.p.A. in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, congiuntamente e disgiuntamente, dagli Avv.ti Giuseppe De Santo, Fabio Cadeddu e Roberto Vilardo giusta procura in calce alla comparsa di risposta ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo sito in Palermo, Via Mariano Stabile N. 136

CONVENUTA

Conclusioni : le parti concludono come in atti

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato in data 13.11.2007 1'Adiconsum Associazione difesa consumatori e ambiente ONLUS, in persona del suo segretario generale Paolino Landi (d'ora in poi, per brevità, "Adiconsum") conveniva in giudizio dinanzi a questo Tribunale la Grimaldi Compagnia di Navigazione S.p.A. (d'ora in poi, per brevità, "Grimaldi") esponendo che la società convenuta si occupava del trasporto per mare di passeggeri e veicoli al seguito, a mezzo navi e mezzi veloci, utilizzando "Condizioni di trasporto",

unilateralmente predisposte e riportate anche sul sito web della compagnia. Osservava che dette condizioni di trasporto contenevano alcune clausole (analiticamente individuate in citazione) in violazione della disciplina di cui agli articoli 33 e seguenti del Codice del Consumo (già artt. 1469 bis e ss. c.c., introdotti in Italia dalla legge 52/1996 di recepimento della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati dai consumatori), volta a tutelare il diritto collettivo ad una contrattazione giuridicamente corretta, priva di clausole che determinano, a carico dei consumatori, un significativo squilibrio di diritti e obblighi.

Tanto premesso, nel richiamare l'art. 37 del codice citato, il quale allo scopo di tutelare i consumatori, legittima le associazioni rappresentative dei consumatori, iscritte nell'apposito elenco tenuto presso il Ministero delle Attività produttive ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, chiedendo 1'inibitoria delle condizioni generali di contratto abusive nonché degli atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti, chiedeva :

a) ritenere e dichiarare, ex art. 37 del codice del consumo, che le clausole in contestazione, facenti parte delle condizioni di trasporto della Grimaldi, erano vessatorie e nulle ai sensi degli artt. 33 e ss. del codice citato, per i motivi esposti in narrativa;
b) inibire alla Grimaldi l'uso di tali clausole nei rapporti con i consumatori;
c) ritenere e dichiarare che la diffusione delle clausole abusive *de quibus* costituiva comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti ex art. 140, lett a), c.

cons.;

d) inibire, pertanto, alla società convenuta il reiterarsi di tale comportamento e, quindi, l'uso di tali clausole nei rapporti con i consumatori;

e) ordinare, altresì, la pubblicazione del provvedimento, entro quindici giorni dal deposito dell'emananda sentenza, a cura e spese della convenuta, sui quotidiani "Il Giornale di Sicilia, "Corriere della Sera" e "La Repubblica" come espressamente previsto dati art. 37, comma 3, e 140, lett. c) del codice del consumo con un avviso di dimensioni non inferiori a cm. 20 x cm. 30, con indicazione di Autorità giudiziaria, parti, gli estremi e gli elementi della controversia, i comportamenti illeciti, il testo completo delle clausole vessatorie inibite, chiarendone l'inefficacia nei confronti dei consumatori;

f) fissare un termine per l'adeguamento delle clausole delle condizioni generali di contratto al provvedimento inibitorio e, comunque, per la cessazione del comportamento lesivo e, in caso di inadempimento, condannare la Grimaldi al pagamento di una somma di denaro non inferiore ad e 516,00 per ogni giorno di ritardo, da versare all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze al fondo da istituire nell'ambito di apposita unità revisionale di base dello stato di previsione del Ministero delle attività produttive, per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori, ai sensi dell'art. 140, comma 7, del codice del consumo, così come richiamato dall'ultimo comma dell'art. 37 del codice del consumo.

g) Si costituiva la società convenuta la quale, in via preliminare, eccepiva il proprio difetto di

legittimazione passiva.

Osservava, in particolare, che la stessa non era né proprietaria né armatrice di alcuna nave di trasporto e precisava che era, semplicemente, agente dei vettori Atlantica S.p.A. di Navigazione e Grimaldi & Luis Dreyfus Lines S.p.A., sicché le condizioni oggetto della impugnativa da parte dell' associazione attrice erano quelle dei vettori e, pertanto, essa non effettuava trasporto di passeggeri secondo i suddetti "PATTI E CONDIZIONI" né poteva ritenersi che utilizzava tali condizioni o che le aveva predisposte.

Asseriva, altresì, che non era dato comprendere il motivo del deposito dell'altro documento intestato "Freighter travel" il quale conteneva clausole totalmente o parzialmente diverse da quelle riportate in citazione ed impugnate", dichiarando, quindi, che "oggetto del presente giudizio è la presunta vessatorietà delle clausole specificamente indicate nell'avversa *editio actionis* e che poiché tali clausole sono contenute nel documento "PATTI E CONDIZIONI" non intende accettare il contraddittorio sul contenuto dell'altro e diverso documento intestato “Freighter travel ".

Precisava che, in ogni caso, le condizioni da ultimo richiamate non erano in vigore sicché 1'Adiconsum non aveva un interesse ad agire.

Soggiungeva che dette condizioni erano utilizzate, prevalentemente, da soggetti che non rientravano nella nozione di "consumatore" e contestava, infine, la lamentata natura vessatoria delle clausole *de quibus*.

In assenza di attività istruttoria, precisate le conclusioni, la causa veniva posta in decisione in data 8.4.2008 e, decorsi i termini assegnati ex art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle repliche, veniva decisa in data

30.6.2008.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Deve, preliminarmente, rilevarsi la infondatezza della eccezione di difetto di legittimazione passiva formulata dalla società convenuta.

La stessa ha, in particolare, evidenziato che per la linea Ferries Prestige, svolge l'attività di mero agente di altre società e, quindi, non può ritenersi legittimata, rispetto all'azione de qua, sotto il profilo passivo in quanto il rapporto contrattuale fa capo ad altro soggetto giuridico.

Orbene occorre premettere che l'art. 37 richiamato prevede che destinatari dell' azione inibitoria possono essere i professionisti che "utilizzano o raccomandano 1'utilizzo di condizioni generali di contratto".

Al fine di comprendere la effettiva portata della tutela prevista dalla normativa richiamata deve, invero, muoversi dal contenuto dell'art. 2 cod. cons. ove si fa riferimento alla inderogabile esigenza di forte tutela nell'ambito di una amplissima gamma di settori fondamentali per i cittadini, fra i quali, per quello che qui interessa, "equità e trasparenza nei rapporti commerciali inerenti beni e servizi privati".

Proprio in una prospettiva di forte salvaguardia del consumatore quale contraente debole, la previsione normativa *de qua* deve, quindi, essere interpretata in una accezione assai estesa. Non può del resto sottacersi come la norma non faccia riferimento, secondo quanto sottolineato dall'associazione attrice, solamente al soggetto che conclude i contratti, ma, in generale, a chi utilizza le clausole contrattuali, che può pure certamente essere soggetto diverso dal contraente. La scelta del legislatore di detto termine ("utilizzare") non appare

del resto casuale, volendosi ricomprendere una categoria notevolmente ampia di soggetti "professionisti" che si avvalgono, avvantaggiandosene in vario modo, di tali clausole.
Orbene, muovendo da tale impostazione, non può revocarsi in dubbio che la Grimaldi, in concreto, utilizza le condizioni generali di contratto *de quibus*, pubblicizzandole e pubblicandole sul proprio sito web nonchè sottoponendole ai consumatori all'atto dell'acquisto dei biglietti (come si evince dalla documentazione versata in atti da parte attrice).
Non risulta, peraltro, allegato e dimostrato che detta società (la quale opera, secondo quanto comprovato dalla documentazione in atti, nell'ambito del Gruppo Grimaldi cui fanno capo anche i vettori per i quali la società convenuta opera come agente) interviene, nell'ambito dei rapporti di trasporto marittimo per cui è causa, quale mero esecutore di indicazioni provenienti dai vettori cui formalmente è legata da un rapporto di agenzia.
La società convenuta non ha, peraltro, prodotto i relativi contratti di agenzia che la legano ai vettori Atlantica S.p.A. di Navigazione e Grimaldi & Lui, Preyfus Lina S.p.A., in tal modo precludendo ogni verifica in ordine ai limiti dei poteri della stessa quanto alla stipulazione dei contratti di trasporto in questione ed alla predisposizione delle condizioni che li disciplinano.
Non può del resto sottacersi come il documento (all. 3, prod. parte attrice), pur richiamando "patti e condizioni del vettore" non risulta predisposto dai vettori richiamati (come sarebbe stato logico), ma reca la generica intestazione "Grimaldi Ferries Prestige" e proviene dal sito internet della grimaldi-ferries.com le cui pagine stampate recano la dizione: "Grimaldi Compagnia di Navigazione S.p.A. P. Iva 00117240820

(v. doc. 17).
Anche l'eccezione della Grimaldi circa l'impossibilità di adeguarsi all'ordine inibitorio non coglie nel segno: è chiaro che il Tribunale, accogliendo l'inibitoria, può, in generale, vietare alla convenuta di usare le clausole ritenute vessatorie, comando inibitorio che la Grimaldi può certamente attuare non utilizzandole più nei rapporti con i consumatori né pubblicandole sul proprio sito.
Per quanto concerne la questione relativa alle condizioni contrattuali della linea "Freighter Travet" va premesso che, secondo quanto è dato desumere chiaramente dall' atto introduttivo del giudizio, dalle successive memorie ex art. 183 c.p.c. e dalla produzione documentale ivi richiamata, l' Adiconsum ha chiesto l'inibitoria anche con riferimento a condizioni della linea suddetta.
A tal proposito va chiarito che tali clausole sono, per lo più, identiche a quelle dell' altra linea di trasporti sia nella intestazione che nei contenuti, dovendosi precisare che nella nota di contestazione in data 24.11.2007 indirizzata dall' Adiconsum alla Grimaldi (e prodromica alla instaurazione dell' odierno giudizio) sono indicate le clausole sub. a), c), e), j) presenti nell'ambito di entrambe le condizioni nonché quella sub. f), in parte uguale.
In ordine alle clausole della linea da ultimo indicata occorre evidenziare che le stesse risultano utilizzate dalla società anche laddove opera quale vettore ed appaiono chiaramente provenire dalla medesima, come confermato dalla intestazione stampigliata sul documento (allegato agli atti) che le riproduce, recante la dizione: "GRIMALDI LINES - Freigter Travel - Grimaldi Compagnia di Navigazione S.p.A. Via M. Campodisola n. 13, 80133 NAPOLI Sede legale..".
Passando all'esame della dedotta abusività delle

clausole utilizzate dalla società convenuta va osservato che 1'Adiconsum censura le seguenti specifiche condizioni:

1) "Potere del Comandante". "Il Comandante della nave ha piena facoltà di procedere senza pilota, di rimorchiare ed assistere altre navi in qualsiasi circostanza, di deviare dalla rotta ordinaria, di toccare qualsiasi porto (si trovi o no sull'itinerario della nave) di trasferire il passeggero ed il suo bagaglio su altra nave per la prosecuzione del viaggio".

L'attrice assume che la stessa è vessatoria "non limitando a dati oggettivi, specifici e legalmente esimenti, le esemplificazioni dei poteri che possono determinare un inadempimento o un adempimento parziale o inesatto da parte della società convenuta ("in qualsiasi circostanza"): contrasta pertanto, fra gli altri, con gli artt. 33, n. 2, lettera (a), (b), (d), (1), (m), (p), (r) e (t), nonché 36, c. 2, lettere da (a) a (c) del codice del consumo; la regola viola altresì il disposto dell'art. 408 del codice della navigazione".

Precisa, altresì, che l'altra parte della clausola ("il vettore e per esso il Comandante della nave ha facoltà di rifiutare l'imbarco a chiunque si trovi, a suo insindacabile giudizio, in condizioni di salute che non consentono di affrontare il viaggio.."), "conferendo al comandante un giudizio non contestabile ("insindacabile"), contrasta, fra gli altri, con gli artt. 33, n. 2, lettere (b), (p), (r) e (t), nonché 36, n. 2, lettera (b) e (c), del codice del consumo".

Ritiene il decidente che detta clausola, in relazione agli amplissimi poteri riconosciuti dal Codice della Navigazione in capo al comandante, non possa configurarsi come vessatoria, non determinando un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Posto che il comandante della nave è tenuto ad adottare in corso di viaggio i provvedimenti necessari per la salvezza della spedizione (art. 302 cod. nav.); ha l'obbligo di prestare assistenza a navi in pericolo (art. 489), può irrogare sanzioni disciplinari ai passeggeri (art. 1257), è titolare di tutta una serie di rilevanti poteri di ordine privatistico e pubblicistico riconosciutigli dalla legge ed allo stesso spetta "in modo esclusivo la direzione della manovra e della navigazione" (art. 295) la previsione suindicata, anche in relazione alla peculiare "natura del servizio oggetto di viaggio" non si pone in contrasto con le disposizioni sopra richiamate.

Va, peraltro, rilevato che il riferimento all' "insindacabilità" del giudizio del comandante appare avere una sua logica nel sistema sopra delineato, finalizzato, in ultima analisi, principalmente alla tutela della sicurezza della nave e, quindi, di tutti i passeggeri e dell'equipaggio.

2) "Le navi". "Gli orari annunciati possono subire delle variazioni per ragioni metereologiche, tecniche, esigenza del cargo, operazioni portuali, traffico portuale, anche senza che preavviso sia dato ai passeggeri. Qualunque ritardo che ne possa derivare non dà diritto all' annullamento del viaggio e in nessun caso dà diritto a rimborso, indennizzo o compensazione di qualsiasi natura". Assume l'Adiconsum che "la clausola è squilibrata in quanto, nella prima parte, consente variazioni di orario anche per ragioni tecniche o di esigenze del cargo, che non costituiscono (o possono non costituire) esimente di responsabilità e che comunque sono indicate del tutto genericamente, consentendone una interpretazione unilaterale; tale vessatorietà è poi aggravata dalla previsione del possibile omesso

preavviso al passeggero. Nella seconda parte la clausola limita, di conseguenza inaccettabilmente, ogni possibile forma di risarcimento verso i consumatori ("in nessun caso dà diritto"...). Vi è quindi contrasto, fra gli altri, con i seguenti articoli del codice del consumo: art. 2, n. 2, lett. c; art. 33, n. 2, lett. (a), (b), (c), (d), (1), (m), (p), (r), (t) e (v) ; art. 36, n. 2, lettere da (a) a (c). Anche in questa ipotesi viene violato l'art. 408 del codice della navigazione".

Le contestazioni della società attrice appaiono fondate nella misura in cui detta clausola, lungi dal riprodurre - come eccepito dalla società convenuta - il contenuto dell'art. 408 c.n. (che stabilisce che il vettore è responsabile dei danni derivanti al passeggero da ritardo o da mancata esecuzione del trasporto se non prova che l' evento è derivato da causa a lui non imputabile), introduce innegabilmente una ipotesi di esonero della responsabilità del vettore, in contrasto con la citata disposizione normativa.

E' chiaro, invero, che una simile previsione negoziale, predisposta in via unilaterale, laddove esclude la responsabilità nei casi in cui il ritardo e legato a "ragioni tecniche" ovvero ad "esigenze del cargo" implica che il vettore non è responsabile anche nell' ipotesi in cui il ritardo derivi da causa a lui riferibile.

Le ragioni tecniche o le esigenze del cargo (si pensi all' avaria della nave ovvero alla necessità di sostituire uomini dell' equipaggio) ben possono essere legate ad una condotta gravemente negligente del vettore nella manutenzione, gestione ed organizzazione della nave, sicchè la detta previsione negoziale, specie nella parte in cui consente di non dare "alcun preavviso" al passeggero ed esclude ogni diritto al alcun indennizzo si pone in contrasto con 1'art. 33 n.2 lett. b), m), r), t) cod. cons.

Va, pertanto, dichiarata la nullità della detta clausola nella parte in cui prevede il diritto del vettore di modificare gli orari annunciati per ragioni tecniche ovvero esigenze del cargo anche senza preavviso e senza diritto a rimborso, indennizzo o compensazione di qualsiasi natura.

3) "Norme applicabili". "Tutte le controversie che possano insorgere in virtù del contratto di trasporto saranno di esclusiva competenza del foro di Napoli."

Tale clausola deve ritenersi certamente nulla in quanto contrasta con la lettera u) dell'art. 33, n. 2, del codice del consumo, norma che sancisce che il foro convenzionale non può essere diverso da quello del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio.

4) "Tariffe". "Viene comunque riconosciuta al vettore la facoltà di aumentare le tariffe prima della partenza, sia per il viaggio di andata che per quello di ritorno, nel qual caso il passeggero dovrà, prima dell' imbarco, pagare la differenza oppure avrà il diritto di risolvere il contratto ed ottenere il rimborso del prezzo relativo al passaggio non usufruito. È inoltre a carico del passeggero il diritto fisso. "

La clausola contrasta con le lettere o) e t) del n. 2 dell'art. 33 del codice del consumo, consentendo una aumento del prezzo pressoché contestualmente alla partenza, con esclusione, nel caso di recesso da parte del consumatore, del diritto al rimborso "il diritto fisso", che oltre ad essere una voce di costo poco chiara e non conosciuta preventivamente, è una somma che non dovrebbe gravare sul consumatore il quale, in simili ipotesi, deve avere un diritto a recedere con restituzione integrale di tutte le somme versate.

Appare priva di pregio la contestazione della società

convenuta secondo cui il diritto fisso costituisce un importo "totalmente distinto dal prezzo del biglietto di passaggio (nolo) che il passeggero paga quale reale corrispettivo per la prestazione eseguita".
Detta clausola, infatti, imporrebbe un costo (ed un danno patrimoniale) per il consumatore anche nell' ipotesi in cui il vettore, in modo del tutto ingiustificato ed arbitrario, decida di aumentare il prezzo poco prima della partenza.
Va, pertanto, dichiarata la vessatorietà della detta clausola nella parte in cui, nell' ipotesi di aumento delle tariffe prima della partenza, sia per il viaggio di andata che per quello di ritorno, esclude, nell' ipotesi di risoluzione del contratto, il diritto al rimborso oltre che del prezzo relativo al passaggio non usufruito, anche del c.d. diritto fisso.
5) “Limiti di responsabilità". "La responsabilità del vettore per la perdita di vita umana o per danni fisici o per perdita o danni al bagaglio, veicolo a seguito, oggetti di valore, oggetti personali ed altra proprietà del passeggero non può in nessun caso superare i limiti previsti dal Codice della Navigazione e dalle legge italiana, salvo ove e quando trovino applicazione le Convenzioni internazionali, ed in particolare la Convenzione di Atene del 13/12/74 come modificato del Protocollo di Londra del 19/11/76".
Tale clausola non può ritenersi vessatoria in quanto si limita a richiamare, in tema di responsabilità, le limitazioni poste dal Codice della Navigazione e dalla Legge Italiana, apparendo, pertanto, conforme alla previsione di cui ali' art. 34 n. 3 ("Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali").

6) "Veicoli a seguito". "...Si sconsiglia lasciare alcun bagaglio e/o effetti personali all'interno o sul veicolo durante la traversata in quanti per gli stessi il vettore declina ogni responsabilità. Il passeggero potrà comunque in qualsiasi momento essere inviato a sottoscrivere una dichiarazione di responsabilità dei danni prima dello sbarco dalla nave. Il vettore non accetta in nessun caso dichiarazioni di maggiore valore del veicolo a seguito rispetto ai limiti succitati. La bicicletta a seguito passeggero e trasportata a titolo gratuito viaggia a rischio e pericolo del passeggero, il vettore non accetta alcuna responsabilità per danni, furto, smarrimento o altro".

La clausola è vessatoria, perché direttamente o indirettamente, limita, in modo iniquo, la responsabilità del vettore sia per i bagagli che per la bicicletta al seguito, che grava sul professionista.

Le obiezioni della associazione attrice appaiono fondate nella misura in cui detta clausola, lungi dal riprodurre il contenuto dell' art. 412 n. 3 (il quale prevede che il vettore non risponde delle perdite o avarie del bagaglio che gli è stato consegnato chiuso salvo quando il passeggero provi la perdita o le avarie sono state derivate da cause a lui imputabile), introduce, anch'essa, una ipotesi di esonero della responsabilità del vettore in contrasto con la previsione normativa, art. 33, n. 2, lett. b) cod. cons..

La suddetta clausola esclude, ingiustificatamente, il diritto al risarcimento del danno precludendo al passeggero di provare che il pregiudizio subito è imputabile al vettore (ad esempio nell' ipotesi in cui il furto all' interno della propria autovettura ovvero della propria bicicletta sia stato posto in essere da un dipendente del vettore).

Appare evidente la natura vessatoria della detta

clausola, ove si evidenzi, peraltro, che 1'art. 415 c.n. prevede l'inderogabilità in favore del vettore degli artt. 412 e 413.

Va, pertanto, dichiarata la vessatorietà della detta clausola nella parte in cui prevede che il vettore declina ogni responsabilità per furto o perdita del bagaglio e/o effetti personali all'interno o sul veicolo durante la traversata nonché nella parte in cui, quanto al trasporto della bicicletta, prevede che il vettore non accetta alcuna responsabilità per danni, furto, smarrimento o altro ".

7) "Bagaglio". "La responsabilità del vettore per il bagaglio non può in ogni caso superare i limiti previsti dal Codice della Navigazione, o dalla Convenzione Internazionale eventualmente applicabile, e sempre nei limiti di 30 Kg a persona per bagaglio non registrato, incluso quello eventualmente sistemato nel o sul veicolo a seguito o depositato in un bagaglio della nave. Il vettore non è in nessun modo responsabile per qualsiasi furto, perdita, smarrimento o danneggiamento di gioielli, denaro, documenti, manoscritti valori ed oggetti in qualsiasi luogo essi vengano tenuti a bordo. Il vettore non accetta alcuna responsabilità per bagaglio contenenti oggetti che non siano effetti personali. "

Fermo restando il divieto del passeggero di portare nel proprio bagaglio beni diversi dagli "oggetti personali" alla luce del disposto di cui all' art. 410 comma 2 del Codice della Navigazione, tale clausola limita ingiustificatamente la responsabilità del vettore, con contrasto con le stesse disposizioni sopra specificate, escludendo, ad esempio, il diritto al risarcimento del danno nell' ipotesi di furto di denaro (contenuto in un portamonete) anche nell'ipotesi in cui ciò sia

derivato da fatto imputabile al vettore.
Anche il gioiello può del resto essere configurato, in ipotesi, quale effetto personale.
Va, pertanto, dichiarata la vessatorietà della detta clausola, in quanto in contrasto con il disposto di cui all' art. 33, n.2, lett. b), nella parte in cui prevede che il vettore declina ogni responsabilità responsabile per qualsiasi furto, perdita, smarrimento o danneggiamento di gioielli, denaro e/o documenti, laddove gli stessi siano configurabili quali effetti personali.
8) "Annullamento da parte del passeggero". "Annullamenti devono essere notificati per iscritto all'ufficio della Grimaldi Ferries direttamente o tramite l'Agenzia di Viaggio. Si applicano le seguenti penali sull'importo totale del biglietto, ovvero incluso passeggeri ed eventuali veicoli e varie al seguito:
Passaggio in poltrona o posto ponte: 100% più diritto fisso, più supplemento carburante;
Passaggio in cabina: - 10%, più diritto fisso, fino a 30 giorni di calendario prima della partenza ; -30 % più diritto fisso, da 29 a 7 giorni di calendario prima della partenza; - 50 % più diritto fisso, da 6 a 2 giorni di calendario prima della partenza;- 100 % più diritto fisso, più supplemento carburante, dal giorno prima e/o per mancata presentazione all'imbarco. Per gli annullamenti ricevuti dall'ufficio di Napoli dopo le ore 19.00 vale quale riferimento la data del giorno dopo. Per quelli ricevuti dopo le ore 12.00 del sabato vale quale data quella del lunedì successivo. I giorni festivi nazionali o locali sono considerati come domenica. I biglietti a tariffa SuperBonus, con sconto di Andata e Ritorno e a tariffa Low Cost non sono rimborsabili."
Va, innanzitutto, premesso che la clausola in

contestazione non è conforme al dettato di cui all' art. 400 c.n., norma la quale, sebbene per alcuni aspetti più sfavorevole per il passeggero rispetto alle citate condizioni, riconosce, comunque, il diritto al pagamento del 25% del prezzo di passaggio, purchè l' "impedimento" del passeggero venga comunicato prima della partenza.
La prevista derogabilità di tale norma, stante il disposto di cui al richiamato art. 415, non preclude certamente la verifica della sussistenza di uno squilibrio contrattuale, dovendosi operare una simile valutazione anche in relazione ai poteri del vettore in ipotesi di soppressione della partenza (di cui alla clausola appresso citata).
Mentre il vettore, nell' ipotesi di annullamento del viaggio per eventi indipendenti dalla propria volontà non subisce alcun pregiudizio, il passeggero-consumatore laddove deve annullare il viaggio, ad esempio per gravi motivi di salute, perde totalmente il prezzo del biglietto (dovendo pagare una penale pari al 100% dell' importo) nel caso in cui ha prenotato passaggio in poltrona o posto ponte ovvero un viaggio a tariffa SuperBonus, con sconto di andata e ritorno e a tariffa low cost.
Non può negarsi che trattasi di clausola, espressione del prepotere contrattuale dell' imprenditore, la quale determina un forte squilibrio a danno del contraente debole, quale è tipicamente il viaggiatore-consumatore.
Lo “sbilanciamento” che per tale via viene a concretizzarsi lungi dal contemperare gli interessi della parti, rappresenta una chiara esplicazione del potere `normativo' del soggetto “forte” il quale viene ad imporre alla controparte, una posizione di netto svantaggio.

Essendo palese il "significativo squilibrio" fra le posizioni delle parti in tema di recesso dei contraenti va dichiarata la natura vessatoria di detta clausola.

9) "Annullamento del Viaggio da parte del vettore". "Il vettore ha diritto di annullare il viaggio per circostanze eccezionali o per cause di forza maggiore. In tali casi il vettore ha come unico obbligo quello di restituire le somme pagate. Se il vettore annulla il viaggio per motivi diversi e non imputabili al consumatore, il vettore riconoscerà al cliente finale un importo doppio di quello da lui versato al momento della cancellazione. "

Tale clausola non appare iniqua, nella sua prima parte, atteso che, come eccepito dalla società convenuta, la stessa è conforme al dettato di cui all' art. 1218 c.c. "il debitore non è tenuto al risarcimento del danno se l' inadempimento è strato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile" vale a dire "caso fortuito o forza maggiore" (ben potendosi fare rientrare il concetto di circostanze eccezionali nella nozione di "caso fortuito") e, quindi, non appare violare – con riferimento a detta parte – il dettato di cui all'art. 403 del codice della navigazione.

Purtuttavia devono ritenersi sussistenti aspetti di iniquità della stessa nella parte in cui, in difformità al dettato del Codice della Navigazione di cui alla norma da ultimo citata, esclude il diritto al risarcimento del danno da parte del consumatore, nel caso di soppressione del viaggio per fatti imputabili alla compagnia di navigazione, limitandolo alla semplice restituzione del doppio del prezzo del biglietto.

La stessa, contravvenendo alle disposizione del

codice della navigazione richiamato, introduce, una ingiustificata ipotesi di esonero della responsabilità del vettore in contrasto con la previsione normativa, art. 33, n. 2, lett. b).
Il potere di deroga riconosciuto dalla suddetta norma in favore del vettore va letto in relazione alle finalità proprie del codice del consumo nonché della pregressa normativa la quale ha recepito, come detto, la direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati dai consumatori.
La ratio di tale normativa è stata quella di tutelare il soggetto ritenuto più debole (nella specie il consumatore) da illegittime alterazioni del rapporto sinallagmatico. Il principio della tutela del consumatore ha, infatti, assunto una valenza primaria all' interno dell' ordinamento tale da assurgere a canone di ordine pubblico. Si parla, in dottrina, di un principio di ordine pubblico di protezione volto alla tutela del contraente economicamente più debole e proteso a perseguire, attraverso lo strumento negoziale, una politica di ricerca del pieno equilibrio giuridico nei rapporti negoziali. Posto che la detta clausola viola il richiamato art. 33, lett. b) configurandosi, ai sensi della normativa in questione, come vessatoria, tale carattere non può certamente venire meno, ad avviso di questo giudice, per effetto del potere di "deroga" riconosciuto al vettore dal codice della navigazione. Va, pertanto, dichiarata la natura vessatoria della clausola relativa a "Annullamento del Viaggio da parte del vettore" nella parte in cui esclude il diritto al risarcimento del danno del passeggero-consumatore. 10) Reclami : "Eventuali reclami devono pervenire al vettore, per iscritto, entro 10 giorni dalla fine del viaggio. Passato tale

termine, non potranno più essere prese in considerazione richieste di rimborso o indennizzo "Tale clausola deve ritenersi vessatoria in quanto limita, in particolare per quanto concerne i tempi, il diritto al rimborso o all'indennizzo, violando le lettere a), b), r) e t) dell'art. 33, n. 2, del codice del consumo. Privo di pregio appare il richiamo, operato dalla società convenuta, all' art. 98 codice citato perché detta disposizione normativa riguarda i pacchetti turistici di cui all' art. 84, trattandosi di norma speciale non applicabile alla fattispecie in esame.

Deve rilevarsi, per quanto riguarda in modo specifico le condizioni contrattuali della linea "Freighter Travel", che appaiono prive di pregio la contestazioni della società convenuta secondo cui, trattandosi di navi cargo, i passeggeri non rientrerebbero nella nozione di "consumatore di cui al codice del consumo" nonché l'ulteriore eccezione di non sindacabilità, sotto il profilo di vessatorietà delle stesse, in quanto "è evidente che le particolari condizioni di contratto Freighter Travel .... devono essere oggetto di specifico accordo tra il vettore ed il cliente". Premesso che la problematica in contestazione riguarda ovviamente i soli "consumatori" (nella accezione di cui al codice del consumo), osserva il decidente che, nella fattispecie in esame, il controllo giudiziale sulla vessatorietà delle medesime deve ritenersi certamente ammissibile alla luce della normativa richiamata. Trattasi, infatti, come sopra chiarito, di condizioni che risultano "utilizzate" dalla Grimaldi (anche laddove la medesima opera quale vettore), che provengono - come detto - dalla medesima, che risultano pubblicizzate nel sito web della stessa e che sono "potenzialmente" destinate ad una serie indeterminata di consumatori (apparendo irrilevante la

circostanza che, in concreto, non vengono applicate se non a seguito di una specifica contrattazione con il cliente). La dottrina ha ravvisato, quale presupposto per l'esperibilità dell'azione inibitoria di cui all' art. 37 Cod.Cons), la semplice predisposizione e diffusione, ad opera del professionista, di condizioni generali di contratto contenenti clausole vessatorie.

Si è, quindi, affermato che l'azione può essere proposta anche quando la clausola "non sia stata ancora concretamente trasfusa in singoli contratti, ma sia stata già predisposta e ne sia stato già deciso l'impiego nei futuri contratti", in tal modo compiendosi una interpretazione estensiva del termine "utilizzazione" già contenuto nell'art. 1469 sexies c.c..

Conseguentemente deve dichiarasi la vessatorietà, nei limiti di cui sopra, delle clausole relative a: Norme applicabili, Veicoli al seguito, Reclami (con la precisazione che la attrice non risulta avere specificamente impugnato le clausole relative a: trasporto con nave cargo, bagaglio, annullamento da parte del passeggero, annullamento del viaggio da parte del vettore, assai diverse, sotto un profilo contenutistico, da quelle richiamate nell' atto introduttivo del giudizio).

Accertata la vessatorietà e la conseguente nullità delle clausole suddette va ordinato alla Grimaldi di astenersi dalla utilizzazione, sotto qualunque forma, di dette clausole nei rapporti contrattuali con i consumatori.

In accoglimento della specifica istanza avanzata dall'Adiconsum, ai sensi dall' art.140 citato, al fine di meglio assicurare un tutela dei diritti dei consumatori pregiudicati dalla applicazione e diffusione delle dette clausole vessatorie da parte della Grimaldi, attraverso una ampia diffusione

della odierna decisione, deve essere disposta la pubblicazione di un breve estratto della presente sentenza (contenente la indicazione degli estremi della controversia, dell'organo giudicante, delle parti e del dispositivo) per una sola volta sui quotidiani "Il Corriere della Sera" ed "Il Giornale di Sicilia" a cura e spese della banca convenuta.

Tale pubblicazione appare sufficiente a garantire i diritti dei consumatori.

Va, infine, disposto, ai sensi dell' art. 140, 7° co. (applicabile alla fattispecie in esame, stante la previsione di cui al co. 10 della medesima norma), in ipotesi di inadempimento degli obblighi stabiliti nella presente sentenza, decorsi sessanta giorni dalla pubblicazione della stessa, il pagamento da parte della Grimaldi di una somma pari ad € 516,00 per ogni giorno di ritardo, da versare all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze al fondo da istituire nell'ambito di apposita unità revisionale di base dello stato di previsione del Ministero delle attività produttive, per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori, ai sensi dell'art. 140, comma 7 del codice del consumo, così come richiamato dall'ultimo comma dell'art. 37 del codice del consumo.

In applicazione del principio della soccombenza le spese di lite - liquidate in favore di parte attrice in complessivi euro 5.700,00 di cui euro 350,00 per spese vive ed euro 1.350,00 per diritti, oltre iva e cpa e rimborso per spese generali ai sensi della vigente TF - vanno poste a carico della società convenuta.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunziando, disattesa ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

a) dichiara la vessatorietà e la conseguente nullità della clausola contenuta nelle "Condizioni Generali" Grimaldi Ferries Prestige relativa a "Le Navi" nella parte in cui prevede il diritto del vettore, in danno del passeggero-consumatore, di modificare gli orari annunciati per ragioni tecniche ovvero esigenze del cargo anche senza preavviso e senza diritto a rimborso, indennizzo o compensazione di qualsiasi natura;

b) dichiara la vessatorietà e la conseguente nullità delle clausole contenute nelle "Condizioni Generali" Grimaldi Ferries Prestige nonché nelle "Condizioni Generali" Grimaldi Lines Freighter Travel relative a "Norme applicabili" nella parte in cui prevedono, in danno del passeggero-consumatore, quale foro esclusivo il Tribunale di Napoli in deroga al foro del Consumatore;

c) dichiara la vessatorietà e la conseguente nullità della clausola contenuta nelle "Condizioni Generali" Grimaldi Ferries Prestige relativa a "Tariffe" nella parte in cui, nell'ipotesi di aumento delle tariffe prima della partenza, sia per il viaggio di andata che per quello di ritorno, esclude in favore del passeggero-consumatore, in ipotesi di risoluzione, il diritto al rimborso, oltre che del prezzo relativo al passaggio non usufruito, anche del c.d. diritto fisso;

d) dichiara la vessatorietà e la conseguente nullità della clausola contenuta nelle "Condizioni Generali" Grimaldi Ferries Prestige relativa a "Veicoli a seguito" nella parte in cui stabilisce, in danno del passeggero-consumatore "si sconsiglia lasciare alcun bagaglio e/o effetti personali all'interno o sul veicolo durante la traversata in quanto per gli stessi il vettore declina ogni responsabilità. La bicicletta a seguito

passeggero e trasportata a titolo gratuito viaggia a rischio e pericolo del passeggero, il vettore non accetta alcuna responsabilità per danni, furto, smarrimento o altro".

e) dichiara la vessatorietà e la conseguente nullità della clausola contenuta nelle Condizioni Generali" Grimaldi Lines Freighter Travel relativa a "Veicoli a seguito" nella parte in cui stabilisce, in danno del passeggero-consumatore, "Si sconsiglia lasciare alcun bagaglio e/o effetti personali all'interno o sul veicolo durante la traversata in quanto per gli stessi il vettore declina ogni responsabilità".

f) dichiara la vessatorietà e la conseguente nullità della clausola contenuta nelle "Condizioni Generali Grimaldi Ferries Prestige relativa a "Bagaglio" nella parte in cui prevede che il vettore non è in nessun modo responsabile per qualsiasi furto, perdita, smarrimento o danneggiamento di gioielli, denaro, documenti ed oggetti in qualsiasi luogo essi vengano tenuti a bordo, laddove gli stessi possono essere qualificati come effetti personali;

g) dichiara la vessatorietà e la conseguente nullità della clausola contenuta nelle "Condizioni Generali" Grimaldi Ferries Prestige relativa a "Annullamento da parte del passeggero" laddove stabilisce in danno del passeggero-consumatore “si applicano le seguenti penali sull'importo totale del biglietto, ovvero incluso passeggeri ed eventuali veicoli e varie al seguito: Passaggio in poltrona o posto ponte: 100% più diritto fisso, più supplemento carburante; Passaggio in cabina: -10%, più diritto fisso, fino a 30 giorni di calendario prima della partenza ; -30 % più diritto fisso, da 29 a 7 giorni di calendario prima

della partenza; - 50 % più diritto fisso, da 6 a 2 giorni di calendario prima della partenza;- 100 % più diritto fisso, più supplemento carburante, dal giorno prima e/o per mancata presentazione all'imbarco. Per gli annullamenti ricevuti dall'ufficio di Napoli dopo le ore 19,00 vale quale riferimento la data del giorno dopo. Per quelli ricevuti dopo le ore 12,00 del sabato vale quale data quella del lunedì successivo. I giorni festivi nazionali o locali sono considerati come domenica. I biglietti a tariffa SuperBonus, con sconto di Andata e Ritorno e a tariffa Low Cost non sono rimborsabili."

h) dichiara la vessatorietà e la conseguente nullità della clausola contenuta nelle "Condizioni Generali" Grimaldi Ferries Prestige relativa a "Annullamento da parte del vettore" laddove esclude, a svantaggio del passeggero-consumatore, il diritto al risarcimento del danno qualora il vettore annulli il viaggio per fatti a lui imputabili;

i) dichiara la vessatorietà e la conseguente nullità delle clausole contente nelle "Condizioni Generali" Grimaldi Ferries Prestige nonchè nelle "Condizioni Generali" Grimaldi Lines Freighter Travel relative a "Reclami" nella parte in cui prevedono, in danno del passeggero-consumatore: "Eventuali reclami devono pervenire al vettore, per iscritto, entro 10 giorni dal viaggio. Passato tale termine, non potranno più essere prese in considerazione richieste di rimborso o indennizzo."

j) ordina alla Grimaldi Compagnia di Navigazione S.p.A. di astenersi dalla utilizzazione, sotto qualunque forma, di dette clausole nei rapporti con i consumatori;

k) dispone la pubblicazione di un breve estratto della presente sentenza (contenente la indicazione degli estremi della controversia, dell'organo giudicante, delle parti e del dispositivo) per una sola volta sui quotidiani "Il Corriere della Sera" ed "Il Giornale di Sicilia" a cura e spese della banca convenuta, con formato di dimensioni non inferiori a cm. 20 X cm. 30;

l) dispone, ai sensi dell' art. 140, comma 7, D.L.vo 6 Settembre 2005 n. 206, in ipotesi di inadempimento degli obblighi stabiliti nella presente sentenza, decorsi sessanta giorni dalla pubblicazione della stessa, il pagamento da parte della Grimaldi Compagnia di Navigazione S.p.A. di una somma pari ad euro 516,00 per ogni giorno di ritardo da versare all'entrata del bilancio dello Stato;

m) condanna la società convenuta al pagamento delle spese processuali liquidate in favore dell' Adiconsum in euro 5.700,00 oltre iva e cpa e rimborso per spese generali ai sensi della vigente TF. Così deciso in Palermo in data 30.06.08

III. RESPONSABILITÀ PER DANNO DA PRODOTTO DIFETTOSO E GARANZIA NELLA VENDITA DEI BENI DI CONSUMO

Il terzo capitolo presenta gli orientamenti della giurisprudenza siciliana sul tema della responsabilità del produttore. L'argomento si lega in maniera stretta ed imprescindibile alle tematiche delle garanzie legali e commerciali e alla sicurezza dei prodotti.
La giurisprudenza siciliana mostra da tempo un favor nei confronti dei consumatori, divenendo artefice di una serie di sentenze di sicuro interesse.
Al fine di procedere all'esame degli orientamenti della giurisprudenza, partiremo in questa sede dall'esaminare le norme relative alla responsabilità del produttore e la sicurezza dei prodotti, oggi contenute nella parte IV del Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) dedicata al tema "Sicurezza e qualità", parte che include la disciplina in tema di garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo.

La disciplina della responsabilità del produttore.

Il D.P.R. n. 224 del 24.05.1988 ha dato attuazione, nell'ordinamento italiano, alla Direttiva CEE 85/374, disciplinante la materia della responsabilità del produttore.
Tale disciplina è oggi riportata negli articoli da 114 a 127 del Codice del

consumo. Per quanto riguarda la responsabilità del produttore, si è cercato di dare delle risposte a varie problematiche che emergevano dal rapporto di consumo, quali:
a) l'individuazione del responsabile, che non sempre è il fabbricante. Possono essere individuati come responsabili, in taluni casi, anche il fornitore, il prestatore di servizi, l'importatore e lo stesso acquirente in caso di uso improprio del prodotto o di trascuratezza delle più elementari regole di prudenza o delle istruzioni sull'uso del prodotto;
·b) la qualificazione e la quantificazione del danno;
c) la disciplina della prova;
d) l'esclusione della responsabilità;
e) la prescrizione e la decadenza dei termini.
Per esaminare dettagliatamente l'attuale assetto legislativo, è necessario partire dall'individuazione del soggetto responsabile. La lettera d) dell'art. 3 Cod. Cons. (che richiama anche il 1° comma dell'art. 115 e la lettera d) del 1° comma dell'art. 103) definisce "produttore":
a) il fabbricante (colui che ha realizzato) del prodotto finito o di una sua componente (che sia un prodotto finito, un semilavorato od una materia prima, come previsto dall'art. 115, 1° comma);
b) un suo intermediario (vale a dire un agente od un rappresentante);
c) l'importatore degli stessi nell'Unione Europea (è, questa, la responsabilità

dell'importatore che si sostituisce a quella del produttore extracomunitario);
d) qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene con il proprio nome, marchio od altro segno distintivo (questo è il caso, ad esempio, dei prodotti c.d. "a marchio" delle catene della distribuzione commerciale che sono realizzati da imprese manifatturiere e venduti col marchio della catena);
e) chi rimette a nuovo il prodotto;
f) gli altri operatori della catena di commercializzazione nella misura in cui la loro attività possa incidere sulle caratteristiche di sicurezza dei prodotti (queste ultime due categorie di soggetti sono previste dalla lettera d) del 1° comma dell'art. 103).

La disciplina della responsabilità ruota intorno a tre perni fondamentali: l'imputazione della responsabilità, la nozione di "difetto" e la nozione di "danno risarcibile".

Per quanto riguarda il concetto di prodotto difettoso, l'art 117 cod. cons. afferma che "un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui: a) il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite; b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso,

si possono ragionevolmente prevedere; c) il tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione."
Si insiste sulle caratteristiche palesi del prodotto, in modo che il consumatore possa avvedersi dei pericoli insiti nel prodotto stesso e non possa poi dolersene imputando al difetto la sola causa del danno.
La valutazione della pericolosità del prodotto è astratta, tenuto conto dei difetti, dei vizi, della pericolosità e del comportamento dell'utente.
Solo in apparenza, invero, può dirsi accolto all'interno del nostro ordinamento un modello unitario di responsabilità di natura esclusivamente oggettiva, svincolato dall'accertamento della colpa e subordinato unicamente alla verifica dell'esistenza del nesso di causalità tra il danno e il riconosciuto difetto del prodotto. In realtà, ancora forte è in questa materia l'influenza della colpa quale criterio di imputazione del danno e della responsabilità.
L'esame dell'art. 117 ha fatto emerge la presenza di tre diverse tipologie di difetti del prodotto: a) i difetti di informazione; b) i difetti di costruzione; c) i difetti di fabbricazione.
La distinzione in parola per alcuni studiosi ha un valore meramente descrittivo (C. CASTRONOVO, La nuova responsabilità civile, Milano 2006, 690 e nt. 63), mentre per altri interpreti essa ha una funzione normativa, rilevando sotto il profilo del

criterio di imputazione della responsabilità per danno da prodotti difettosi. Secondo quest'ultimo orientamento, infatti, solo in presenza di difetti di fabbricazione può parlarsi, in senso pieno ed assoluto, di una responsabilità oggettiva del produttore (detta anche responsabilità assoluta), di una responsabilità, cioè, che prescinde del tutto dalla colpa e che non ammette alcuna prova liberatoria in cui assuma una qualche rilevanza la condotta del produttore (C. SALVI, La responsabilità civile, Milano 2005, 201 ss., spec. 203 – ivi, per ulteriori riferimenti bibliografici).

Nella specie, dunque, non varrebbe ad esonerare il produttore da responsabilità la prova dell'attivazione di un altissimo livello di controlli e verifiche, in quanto il difetto è in re ipsa, nel fatto stesso cioè che il prodotto non ha offerto la sicurezza offerta dagli altri esemplari della medesima serie; il prodotto non ha, infatti, offerto quel grado di sicurezza che, in quanto presente negli altri esemplari, ci si poteva, senz'altro, legittimamente attendere da esso. Né avrebbe alcun valore compensativo, per negare la difettosità, la circostanza che della possibile pericolosità di singoli esemplari rispetto alla serie, il pubblico fosse stato edotto mediante informazione apposta su ciascun esemplare del prodotto" (G. GHIDINI, op. loc. ult. cit.)

Per gli altri due tipi di difetti è, invece, prevista una prova liberatoria da parte del produttore che non prescinde

completamente dalla colpa "perché il produttore potrebbe, ad esempio, dimostrare che il prodotto è oggettivamente idoneo ad offrire la prescritta sicurezza, o che l'insicurezza del prodotto è dovuta al fatto che il consumatore ha posto in essere un comportamento che non poteva essere ragionevolmente prevedibile" (G. PONZANELLI, Commento all' art. 1 D.P.R. 24 maggio 1988 n. 224/88, in AA.VV., La responsabilità per danno da prodotti difettosi, Commentario a cura di R. PARDOLESI E G. PONZANELLI, in N.L.C.C. 1989, 508); o ancora di essere stato diligente nel fornire le informazioni circa le caratteristiche, le modalità di impiego e gli eventuali pericoli del prodotto; ovvero che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, nel momento in cui ha messo in circolazione il prodotto, non consentiva di ritenerlo difettoso (cd. "rischio da sviluppo", ex art. 118, lett. e). E questo ritorno della colpa, sebbene nei limitati confini della controprova offerta dal produttore (...)", fa sì che, in queste ipotesi, la responsabilità del produttore non possa configurarsi in termini di responsabilità cd. assoluta; si parla piuttosto di responsabilità oggettiva limitata (ancora G. PONZANELLI, op. ult. cit., 508 ss., che sottolinea il carattere intrinsecamente eterogeneo della categoria della strict liability) ovvero di responsabilità per colpa aggravata.

L'art 118 cod. cons. indica tassativamente e tipicizza le cause di esclusione di responsabilità del produttore. Esse possono essere raggruppate in due categorie:
1) assenza di un requisito essenziale per l' ascrizione ad un soggetto di una responsabilità per l'immissione sul mercato di prodotti difettosi (con l'inversione dell'onere della prova rispetto ai requisiti di cui all'articolo 3);
2) assenza di un requisito essenziale per l' ascrizione del difetto del prodotto alla sfera di attività del produttore (con inversione dell'onere della prova rispetto ai requisiti dell'articolo 117).
Pertanto, la responsabilità del produttore è esclusa se: a) il produttore non ha messo il prodotto in circolazione; b) il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo il prodotto in circolazione; c) il produttore non ha fabbricato il prodotto per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione a titolo oneroso, né lo ha fabbricato o distribuito nell'esercizio della sua attività professionale; d) il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a una norma giuridica imperativa o a un provvedimento vincolante; e) lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso; f) il difetto è interamente dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata

incorporata la parte o materia prima o alla conformità di questa alle istruzioni date dal produttore che la ha utilizzata, nel caso del produttore o fornitore di una parte componente o di una materia prima.

L'art 124 cod. cons. dichiara in maniera netta la nullità di qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente, nei confronti del danneggiato, la responsabilità del produttore. Questa norma ha trovato diretta applicazione nella **sentenza** del **Giudice di Pace di Palermo del 19 ottobre 1999**, C. Alaimo c. Daewoo Electronics S.p.A. Il Giudice ha affermato la vessatorietà della clausola contenuta nelle condizioni garanzia che escluda espressamente la responsabilità del produttore per ogni danno dipendente o connesso con la vendita del prodotto eventualmente difettoso.

La clausola in questione, non solo limitava la responsabilità della ditta Daewoo Electronics per ogni danno dipendente o connesso con la vendita del prodotto, ma escludeva altresì ogni forma di garanzia per vizi che non fosse la riparazione gratuita del prodotto inidoneo al funzionamento.

La ratio della sentenza si evidenzia in termini di tutela per il consumatore: infatti tali clausole, in caso di danno da prodotto, svolgono una funzione ammortizzatrice per i rischi del produttore; anzi, gli stessi sforzi per creare una disciplina della responsabilità del produttore verrebbero vanificati, concedendo al produttore la

possibilità di potersi affrancare dalla responsabilità (ipotesi questa facilmente realizzabile, potendo il produttore avvalersi di una modulistica standardizzata e accuratamente studiata).

Per quanto riguarda le questioni inerenti l'onere della prova, sono contenute nell'articolo 120 cod. cons., secondo cui il danneggiato ha l'obbligo di provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno. Il produttore invece, deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità, o quantomeno dimostrare che, tenuto conto di tutte le circostanze, il difetto non fosse ancora esistente al momento della messa in circolazione del prodotto.

Quello della prova è uno dei punti più complessi della disciplina in esame, viste le difficoltà, tanto per il produttore che per il consumatore, di provare la non originalità o l'originalità del difetto che ha causato il danno.

Per evitare che una disciplina inadeguata porti a gravi distorsioni, il legislatore comunitario prima e quello nazionale poi, hanno dettato una disciplina piuttosto rigorosa. Esaminando il disposto dell'articolo 120 si può vedere come siano stabilite delle regole rigide per quanto riguarda i carichi probatori di competenza di ciascuna delle parti nel giudizio di responsabilità. Nel nostro, come in altri ordinamenti, il fulcro del dibattito relativo alla responsabilità del produttore si è infatti incentrato sin dal principio sulle

questioni relative all'onere della prova gravante sul danneggiato, sottolineando l'ingiustizia del porre solo su questo l' intero onere della prova.
Pur desumendosi la ripartizione della prova dagli articoli 114 e 118, l'articolo 120 dà una veste formale alla materia per ridurre ogni incertezza sul piano interpretativo riguardo l'effettiva volontà del legislatore di operare detta ripartizione.
Passando al contenuto della norma, si può vedere come il disegno appaia complessivamente equilibrato: in primo luogo, sono esattamente configurati quali sono gli elementi di prova gravanti sul produttore, cioè tutte le circostanze materiali che si collegano più o meno direttamente alla sua sfera organizzativa; in secondo luogo, per quanto riguarda la posizione del danneggiato, in quanto l'onere a carico del consumatore verte esclusivamente su elementi oggettivi.
Tuttavia, è bene ricordare che la giurisprudenza ha altresì posto dei limiti alla responsabilità del venditore. Il **Giudice di Pace di Scicli**, nella **sentenza del 27 gennaio 2007** (Iurato G. c Autoplus S.r.l) ha affermato che "*incombe sull'acquirente l'onere di provare di non essere stato a conoscenza del difetto se, al momento della conclusione del contratto, questo non poteva essere ignorato con l'ordinaria diligenza*". Nel caso in esame è stato dimostrato che prima dell'acquisto dell'auto, l'attore aveva avuto la possibilità di farla visionare da un meccanico, al fine

di valutarne lo stato ma, secondo l'opinione di un consulente tecnico, per rendersi conto del danno, sarebbe stato necessario procedere allo smontaggio del motore, cosa che evidentemente eccede l'ordinaria diligenza.

La disciplina della garanzia nella vendita dei beni di consumo.

Collegate alla responsabilità del produttore di cui si sta discutendo sono, in particolare, le disposizioni sulla vendita dei beni di consumo che prima dell'entrata in vigore del Codice del consumo si trovavano agli artt. 1519 - bis e ss. del codice civile, introdotti dal d. lgs. 2 febbraio 2002 n. 24, attuativo della direttiva 1999/44/CE.

Gli artt. 1519 - bis e ss. del c.c. sono recentemente stati abrogati dall'art. 146, comma 1, lett. s) del Codice del Consumo ed il contenuto degli stessi è stato trasfuso negli artt. 128 e ss. del medesimo.

Procedendo con ordine, l'art. 128 dispone che "il presente capo disciplina taluni aspetti dei contratti di vendita e delle garanzie concernenti i beni di consumo. A tali fini ai contratti di vendita sono equiparati i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre".

Vero motivo ispiratore, prima dell'art. 1519 ter, comma 1, c.c., poi dell' art. 129 del Codice del Consumo, è il concetto di

“conformità al contratto” del bene oggetto di alienazione.
Il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita. Si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se, ove pertinenti, coesistono le seguenti circostanze:
a) sono idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo;
b) sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello;
c) presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura;
d) sono altresì idonei all'uso particolare voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato anche per fatti concludenti.
L’articolo specifica altresì che non vi è difetto di conformità se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era a conoscenza del difetto o non poteva ignorarlo con l'ordinaria diligenza o se il

difetto di conformità deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore.
L'art 130 disciplina i diritti del consumatore nel caso di un difetto di conformità del bene.
I rimedi offerti dal legislatore sono:
- il ripristino senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione;
- una riduzione adeguata del prezzo;
- la risoluzione del contratto.
Il consumatore può chiedere, a sua scelta, al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, senza spese in entrambi i casi, salvo che il rimedio richiesto sia oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all'altro.
Le riparazioni o le sostituzioni devono essere effettuate entro un congruo termine dalla richiesta e non devono arrecare notevoli inconvenienti al consumatore, tenendo conto della natura del bene e dello scopo per il quale il consumatore lo ha acquistato.
Nella **sentenza 4 ottobre 2005** (Schimmenti c Phone Center S.r.l) il **Giudice di Pace di Catania**, ha affermato il carattere imperativo della garanzia legale per i beni di consumo.
Il giudice fa riferimento alla disciplina ex art. 7 della Direttiva 1999/44/CE, recepita in Italia con il D.Lgs n. 24/02, dichiarando la nullità di ogni accordo tra le parti che tolga efficacia a questa garanzia di due anni, con decorrenza dalla consegna del bene e con obbligo del consumatore di

denunciare il difetto riscontrato entro due mesi dalla scoperta.
Far valere la garanzia legale significa dare al consumatore la possibilità di ottenere il ripristino della conformità senza spese, attraverso la riparazione, la sostituzione o la riduzione adeguata del prezzo di vendita.
Il giudice si pronuncia, altresì, rispetto ai termini di esercizio della tutela giudiziaria, secondo i dettati del Codice del Consumo: il venditore è responsabile, a norma dell'articolo 130, quando il difetto di conformità si manifesta entro il termine di due anni dalla consegna del bene.
Il consumatore decade dai diritti previsti dall'articolo 130, comma 2, se non denuncia al venditore il difetto di conformità entro il termine di due mesi dalla data in cui ha scoperto il difetto.
Salvo prova contraria, si presume che i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene esistessero già a tale data, a meno che tale ipotesi sia incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità.
Vantaggiosa, in conclusione, per l'acquirente è la presunzione relativa di difformità originaria del comma 3, che fissa una retrodatazione dei difetti al momento della consegna del bene, se essi si manifestino entro sei mesi dalla detta consegna.
Questa presunzione viene altresì richiamata dal **Giudice di Pace di**

Acireale, nella **sentenza del 21 marzo 2005** (Chiarenza S. c. C.G. Auto). Il giudice fa riferimento all'art. 1519 quarter, secondo comma, del c.c. (si ricorda che all'epoca dei fatti il Codice del Consumo non esisteva) e stabilisce che, nella vendita dei beni di consumo (nella fattispecie un'autovettura) anche nel caso in cui l'acquirente non invochi uno dei rimedi previsti dall'articolo citato, ma si limiti a denunciare l'inadempimento del venditore alla garanzia convenzionale, è possibile applicare la presunzione posta dall'art. 1 del d.lgs 24/2002 a norma del quale, se i difetti si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene, si presume che esistessero già a tale data. Nel caso in questione, i difetti dell'autovettura si erano manifestati dalla consegna stessa al compratore, per cui si presume che il difetto esistesse già al momento della consegna stessa del bene.

La giurisprudenza ha altresì chiarito il principio di "auto" responsabilità per cui, secondo quanto disciplinato dal Codice del Consumo, non vi è difetto di conformità se al momento della conclusione del contratto il consumatore era a conoscenza del difetto, non poteva ignorarlo con l'ordinaria diligenza o se il difetto di conformità deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore.

È proprio questo l'orientamento del **Tribunale di Catania** nella **sentenza del 27 novembre 2006**, nella quale si chiarisce che "*il venditore non è*

responsabile se il bene venduto è privo di quelle qualità che, in quanto evincibili caratterizzavano l'oggetto in sé e che, come tali, si presumono accettate e volute dal compratore".

Nel caso in questione, in un contratto di compravendita l'attore lamentava la presenza dei pilastri di sostegno dell'edificio condominiale nella corsia di manovra antistante il garage acquistato insieme all'appartamento, rendendo il parcheggio assai disagevole. Tuttavia l'attore, secondo il giudice, non poteva lamentare tale difetto in quanto aveva avuto il possesso anticipato del bene al momento della stipula del preliminare.

*****

I. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 24 novembre 1998, Conti G. (Avv. A. Palmigiano) c. Studio Elite (Avv. S. Lio), Giudice Cammarata

L'informazione sul recesso deve contenere - ai sensi dell'art. 5, 1 c. lett. b, d. leg. 50/92 - "l'indicazione del soggetto nei cui riguardi va esercitato il diritto di recesso ed il suo indirizzo o, se si tratti di società o altra persona giuridica, la denominazione e la sede della stessa, nonché l'indicazione del soggetto al quale deve essere restituito il prodotto eventualmente già consegnato, se diverso." Qualora la clausola contenente informazioni sul diritto di recesso sia erronea o incompleta, il termine per esercitare il diritto di recesso medesimo diviene ex art. 6, II comma, d. lgs. 50/92 -di 60 giorni dalla sottoscrizione del contratto.

Con riferimento al disposto dell'art. 3 n. 2 d. lgs. 50/92, le spese accessorie, qualora non siano specificamente individuate nella causale e negli importi, non sono dovute.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI PALERMO

Quinta Sezione Civile

Sezione V Civile, Dr. Salvatore Cammarata, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 3856/98 del ruolo Generale degli Affari Civili Contenziosi dell'anno 1998, promossa

DA

Gioacchino Conti, elettivamente domiciliato in Palermo, Via R.Wagner 9 presso lo studio dell'Avv.

Alessandro Palmigiano, dal quale è rappresentato e difeso

ATTORE

Contro

Lo Studio Elite S.r.L., in persona del suo legale rappresentante pro tempore Signora Roberta Chionne con sede in Roma, Via Baldo degli Ubaldi n. 43, elettivamente domiciliata in Palermo, Via G. Bonanno 122, presso lo studio dell'Avv. Sergio Lio, dal quale é rappresentata e difesa unitamente all'Avv. Marco Mellacca del Foro di Roma.

CONVENUTA

OGGETTO: condannatorio.

CONCLUSIONI PER L'ATTORE

Voglia l'Ill.mo Giudice di Pace di Palermo

Respinta ogni contraria istanza, eccezione e difesa rejetta

Nel merito

1) Ritenere e dichiarare nullo il contratto sottoscritto il 17.01.98 con S.r.l. Studio Elite per violazione delle previsioni di cui all'art. 124 T.U. in materia bancaria e creditizia;

2) In via subordinata, ritenere e dichiarare che il Sig Gioacchino Conti ha validamente esercitato, ex art. 6, 2° c., d. legl. 50/92, il diritto di recesso dal contratto sottoscritto il 17.01.98 con lo Studio Elite S.r.l. e che nulla é dovuto a detta società per spese accessorie (ad eccezione delle £ 50.000 già corrisposte).

Conseguentemente - ed in ogni caso - condannare lo Studio Elite S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, a pagare l'importo di £ 465.500 già corrispostole dall'attore (a pagamento della cambiale con scadenza 17/3/98) ed inoltre a restituire immediatamente gli effetti a scadere (o a restituire gli importi ivi portati se già pagati); il

tutto oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.
Si chiede disporsi la trasmissione degli atti alle competenti autorità per le sanzioni di cui all'art.11 d.legl. 50/92; con riserva di ogni altra azione.
Con vittoria di spese, competenze ed onorari del presente giudizio, oltre I.V.A., C.P.A. e 10% per spese non documentabili sulle spettanze

CONCLUSIONI PER LA CONVENUTA

Piaccia all' Ill.mo Giudice di Pace adito in via pregiudiziale dichiarare la propria incompetenza per concorde volontà delle parti di ritenere competente per qualsiasi controversia nascente dal contratto dalle stesse sottoscritto il Foro di Roma, con conseguente indicazione di competenza territoriale del Giudice di Pace di Roma.
Nel merito ritenere il contratto *de quo* pienamente valido in quanto, non essendo stati richiesti interessi di alcun genere non é dovuta l'indicazione del TAEG di cui all'art. 124 T.U. in materia bancaria e creditizia.
Sempre nel merito dichiarare non validamente esercitato da parte del Sig. Gioacchino il proprio diritto di recesso, in quanto comunicato dopo la decorrenza di giorni 7 dalla data di sottoscrizione del contratto e di cui all'art. 6 d.Lgl. 50/92 e per l'effetto respingere la domanda perché infondata in fatto e in diritto.
In via del tutto subordinata, nella denegata e non credula ipotesi in cui il Giudice adito ritenga valido il recesso esercitato da parte attrice.
Voglia lo stesso condannare il Sig. Gioacchino al pagamento delle spese accessorie pari al 9% dell'importo complessivo indicato in contratto, con conseguente restituzione da parte dello Studio Elite S.r.l. della sola somma di £ 294.800.

Con vittoria di spese, competenze e onorari del presente giudizio.

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 21.04.1998 Gioacchino Conti conveniva in giudizio avanti il Giudice di Pace di Palermo la S.r.l. Studio Elite.

Esponeva l'attore:

Il 17 Gennaio il Sig. Gioacchino Conti ebbe a sottoscrivere con S.r.l. Studio Elite un contratto (doc.1) per un non meglio precisato "servizio pubblicitario" per il proprio figlio Alberto Conti di 16 mesi (consiste in un servizio, fotografico, spazio, pubblicitario, nonché stampa delle fotografie sulla rivista e la diffusione della rivista medesima).

Per tale prestazione era stato chiesto un prezzo di £ 1.920.000, da corrispondere con un acconto immediato di £ 50.000, ed il residuo tramite quattro effetti cambiari di £ 467.500 con scadenza 17 Marzo (già pagato il 17.03.98), 17 Maggio, 17 Giugno e 17 Luglio 1998.

Il Sig. Conti però non era convinto del contratto concluso, anche perché si era reso conto che l'unico servizio utile (per cui però pagava un prezzo elevatissimo!) era in realtà il servizio fotografico per il proprio piccolo figlio.

L'attore inoltre era stato messo in allarme da notizie di stampa sull'enorme diffusione di questo tipo di vendita e decise pertanto di rivolgersi all'Adiconsum - Associazione difesa consumatori e quindi al sottoscritto legale.

L'Adiconsum anzi, ha a tal proposito, rilevato la presenza delle condizioni generali di contratto della Studio Elite s.r.l. di numerose clausole vessatorie ex artt. 1469 bis e ss. c.c. ed ha quindi conferito incarico al sottoscritto procuratore, ed all'Avv. Gaetano Palmigiano, di proporre un eventuale

intervento ex art. 105 c.p.c. o azione inibitoria ex art. 1469 sexies c.c..
L'Adiconsum é stata infatti l'associazione di difesa consumatori più attiva in Italia in tema di azioni volte a inibire l'uso di clausole abusive (sull'argomento si possono confrontare le varie ordinanze inibitorie ottenute e pubblicate, fra le altre riviste, in Foro Italiano, 1997, I, pagg. 2299 e segg. 3009 e segg. e 3387 e segg.- doc. 5).
Non si può non rilevare l'interesse della questione per la collettività dei consumatori, stante il fatto che in Sicilia - in questo periodo - quasi ogni famiglia ha ricevuto lettere di società che svolgono i più svariati tipi di vendita a domicilio; e ciò non può non allarmare l'associazione dei consumatori, anche perché molte di queste società hanno tecniche di vendita a dir poco "disinvolte".
Tornando al caso in esame, il Sig. Conti reso edotto dei suoi diritti ed in particolare della possibilità di recedere dal contratto sottoscritto con lo Studio Elite, esercitò il proprio diritto, con una raccomandata anticipata via fax e spedita il 16 Marzo 1998, e quindi pienamente entro il termine di 60 giorni previsto dall'art. 6, II c., d.Lgs. 50/92, applicabile alla fattispecie (doc. 2).
Vi é infatti da evidenziare che l'informazione sul diritto di recesso contenuta nel contratto della società convenuta é chiaramente erronea ed incompleta, cosicché il termine per esercitare il diritto di recesso é divenuto - appunto ex art. 6, II comma, d. lgs. 50/92 - di 60 giorni dalla sottoscrizione del contratto (e quindi 60 giorni dal 17.01.98). La circostanza che l'informazione sul recesso data dallo Studio Elite s.r.l. sia errata ed incompleta (non permettendo all'attore un'effettiva ed integrale conoscenza dei suoi diritti,

disinformandolo e quindi non permettendogli una libera scelta) é francamente palese.
Per mero tuziorismo difensivo però si vuole esaminare il testo di tale clausola che qui si trascrive: "il presente impegno potrà essere denunciato ai fini della eventuale recessione, solo nei modi e nei termini di cui alla legge n. 50 del 1992 e cioè entro 7 gg. dalla sottoscrizione della presente tramite lettere racc. A.R. e con addebito delle spese accessorie sostenute dalla parte proponente, con l'avvertenza che le prestazioni già effettuate non sono rimborsabili ai sensi dell'art. 7 della stessa legge".
Si intendono quindi evidenziate tutte le informazioni errate contenute in questa clausola:
1) Non ha alcun senso dire che l'impegno possa esser "denunciato".
2) Ai fini dell'eventuale "recessione": si ha recessione economica, nei contratti si parla di recesso, che è ben altra cosa.
3) Non é vero che si possa recedere "solo tramite racc. a.r.", dato che il d. legl. 50/92 prevede anche l'anticipazione tramite fax, telegramma o telex.
4) L'avviso parla di "legge 50 del 1992", mentre si tratta di un decreto legislativo.
5) L'informazione sul recesso deve contenere - ai sensi dell'art. 5, 1 c. lett. b, d. legl. 50/92 "l'indicazione del soggetto nei cui riguardi va esercitato il diritto di recesso ed il suo indirizzo o, se si tratti di società o altra persona giuridica, la denominazione e la sede della stessa, nonché l'indicazione del soggetto al quale deve essere restituito il prodotto eventualmente già consegnato, se diverso".
Nulla di tutto questo é indicato nella informativa data dallo Studio Elite S.r.l..

Il recesso esercitato dal sig. Conti, è dunque, ex art. 6, II comma, d. legl. 50/92 pienamente valido ed efficace!

Da ciò deriva l'obbligo della controparte di restituire l'importo di £ 467.500 pari alla prima cambiale già pagata al fine di evitare il protesto (come già fatto presente nella lettera del 16.03.1998).

Si rileva ancora che nulla deve essere ulteriormente pagato al Sig. Conti per le spese accessorie dalla società convenuta, e ciò per due fondamentali motivi.

Infatti, anche sotto tale profilo, si evidenzia che la clausola del contratto di controparte che prevede tali spese appare non valida per vari motivi.

1) In primo luogo il d. legl. 50/92 all'art. 8 c. III stabilisce unicamente che - nel caso in cui il consumatore receda dopo aver versato un acconto al professionista - l'operatore commerciale può non rimborsare parte delle somme "già pagate" dal consumatore al momento della stipula del contratto, ed esattamente le spese accessorie specificamente individuate.

In questa ipotesi l'attore ha corrisposto allo Studio Elite - al momento della conclusione del contratto - soltanto £ 50.000, e quindi quest'ultima società può - caso mai - trattenere questo importo, ma non chiedere un ulteriore pagamento, giacché ciò non è previsto dalla Legge (sul punto cfr. Giudice di Pace di Milano del 27.2.96 - doc.3). Diversamente si avrebbe un'interpretazione estensiva o analogica della norma summenzionata, contraria al dettato testuale della legge (e quindi all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale) e sicuramente non conforme a tutta la più recente normativa comunitaria e nazionale a tutela dei consumatori.

La clausola é quindi nulla anche per quanto previsto dall'art. 10 del d. legl. 50/92 e per contrasto con norme imperative ex art. 1418 e 1419 c.c.; é inoltre inefficace perché vessatoria, ex art. 1469 bis c.c., non prevedendo un diritto analogo per il consumatore.

2) In ogni caso la clausola appare contraria al d. legl. 50/92 (e quindi nulla anche sotto questo profilo) perché l'art. 3 di tale norma vuole che le spese accessorie siano "specificatamente individuate nella nota d'ordine, con indicazione della relativa clausola".

La Studio Elite invece le indica forfettariamente riferendole a varie voci senza specificarle: "il 9% per spese accessorie" (e cioé a spese telefoniche e servizio di segreteria e amministrazione e "altre eventuali").

Fra l'altro il 9% é una somma non determinata e precisa giacché é prestampata, mentre il prezzo del singolo contratto non é prestampato (vi è infatti uno spazio bianco, che viene di volta in volta compilato in ogni singolo contratto).

E' chiaro poi che l'importo del 9% é eccessivamente elevato divenendo così un'occasione di lucro.

Argomentando diversamente "la società convenuta avrebbe a conseguire un vantaggio economico del tutto ingiustificato e l'attore risulterebbe correlativamente gravato di un onere ingiusto o, quantomeno, eccessivamente pesante" (cfr. sul punto Giudice di Pace di Milano del 31.01.96 sub doc. 4).

La questione appena affrontata non può però fare dimenticare altro profilo giuridico (assorbente la questione del recesso) che determina la nullità del contratto.

Il contratto prevede un pagamento rateale e pertanto è sottoposto agli artt. 121 e seguenti del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditoria, regolanti il credito al consumo.
Il contratto di controparte però come espressamente previsto dall'art. 124, avrebbe dovuto indicare il TAEG, il dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui il TAEG può esser modificato, gli oneri esclusi dal calcolo del TAEG ecc…
Vi è poi da rilevare che manca - ex art. 124, comma terzo - l'indicazione del prezzo di acquisto in contanti (senza dilazione rateale).
L'assenza di quest'ultimo requisito, determina la nullità insanabile del contratto di acquisto, come espressamente previsto dalla Legge sul credito al consumo.
Ciò premesso, concludeva come enunciato supra.
La società convenuta si costituiva ritualmente in giudizio eccependo preliminarmente l'incompetenza del giudice adito e contestando nel merito con varie argomentazioni, le domande attrici.
Costituitasi il contraddittorio, alla seconda udienza di trattazione la causa veniva posta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente va rilevata l'infondatezza dell'eccezione di incompetenza formulata dalla convenuta.
Infatti, l'art. 12 del decreto legislativo 15.01.1992 n. 50, applicabile alla fattispecie, recita testualmente: "Per le controversie civili inerenti all'applicazione del presente decreto la competenza territoriale inderogabile é del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato".

Trattasi, quindi, di competenza inderogabile disposta espressamente dalla legge non modificabile per accordo delle parti, ciò ai sensi dell'art. 28 c.p.c.
E' intuitivo, peraltro, che la ratio della norma nasce dall'intento del legislatore di evitare al consumatore di impelagarsi in giudizi fuori dal proprio centro di interessi, cosa che, stante l'enorme aggravio di spese, gli impedirebbe di fatto l'esercizio dei propri diritti. Accertata la competenza territoriale del decidente, merito si osserva:
Recesso dell'attore:
Nella commissione n. 10519 del 17.01.1998, sottoscritta dall'attore, si legge testualmente; "Il presente impegno potrà essere denunciato ai fini della eventuale recessione solo nei modi e nei termini della legge n. 50 del 1992, e cioè entro 7 gg. dalla sottoscrizione della presente tramite lettera racc. A.R."
Tale clausola, formulata con estrema leggerezza da soggetti che dimostrano scarsa dimestichezza con il diritto e con la terminologia giuridica, non ha certamente il dono della chiarezza e contrasta con quanto previsto dal d. lgs. 50/92.
In particolare, la dizione errata "legge n. 50 del 1992" non consente una agevole individuazione della norma, nè sono specificate tutte le modalità di recesso, ammesso che il consumatore possa comprendere che i termini "denunciato" e "recessione" possano riferirsi al recesso.
La clausola é, quindi, nulla, per cui il recesso andava effettuato nel termine di sessanta giorni, ciò ai sensi dell'art. 6, 2° comma, del d. lgs. richiamato.
Pertanto, alla luce delle superiori considerazioni, il Conti ha validamente esercitato il diritto di recesso.

Obblighi della Convenuta:
Dal recesso dell'attore discende la necessità di ricondurre le parti alla situazione qua ante, con l'obbligo della convenuta di restituire all'attore quanto versatole, pari a £ 467.500, importo portato da un effetto cambiario già pagato dal Conti, oltre agli importi di cui alle cambiali con scadenze successive, se pagate, o in caso contrario i titoli medesimi.
SPESE ACCESSORIE
Nella commissione del 17.01.1998 il Conti si impegnava a corrispondere, anche in caso di recesso "il 9% per spese accessorie (segreteria, amministrazione, corrispondenza telefonica e postale ed altre ed eventuali)".
Da tale dizione, con riferimento al disposto dell'art. 3 n. 2 d. lgs. 50/92, le spese accessorie non appaiono specificamente individuate, per cui non sono dovute, non potendo risalire ai singoli importi.
Eccezione di nullità del contratto.
L'attore ha sostenuto che il contratto sarebbe nullo in quanto, prevedendo un pagamento rateale, manca la indicazione del prezzo in contante, ciò ai sensi dell'art. 124 del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditoria.
L'eccezione è infondata, in quanto il contratto non prevedeva applicazione di interessi, apparendo la dilazione una agevolazione in favore del Conti tendente ovviamente a convincerlo a sottoscrivere il contratto medesimo.
Ritenuto tutto quanto sopra esposto, la Studio Elite S.r.l. va condannata al pagamento in favore dell'attore degli importi relativi agli effetti cambiari già pagati e/o alla restituzione degli effetti cambiari eventualmente non pagati, mentre nulla le é dovuto per spese accessorie.

Le spese del giudizio per il principio della soccombenza, vanno poste a carico della convenuta e liquidate in lire 1.200.000, di cui £ 600.000 per onorari, oltre I.V.A. e C.P.A.

P. Q. M.

IL GIUDICE DI PACE

Definitivamente pronunciando;

1) Dichiara che il Sig. Gioacchino Conti ha validamente esercitato il diritto di recesso dal contratto sottoscritto il 17.01.1998 con la Studio Elite S.r.l;

2) Condanna la Studio Elite S.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a pagare in favore di Gioacchino Conti la somma di £ 1.870.000, pari all'importo di n. 4 effetti cambiari di £ 475.000 ciascuno, con scadenze il 17/3, l7/5, 17/6 e 17/7 1998.

3) Dichiara che nulla é dovuto alla Studio Elite S.r.l., a titolo di spese accessorie.

4) Condanna la Studio Elite S.r.l. alle spese del giudizio liquidate in lire 1.200.000 distinte come in motivazione, oltre I.V.A. e C.P.A.

Così deciso in Palermo il 24 novembre 1998

*****

II. Pretura di Catania, ordinanza 29 marzo 1999, Celano e altri (Avv.ti Di Bella, Branciforti) c. Leonardi D. (Avv. Fiorito) e Soc. Cide (Avv. Pensavalle), Giudice D'Allura

Non può essere accordata la tutela cautelare atipica al consumatore che, avendo emesso effetti cambiari in forza di un contratto stipulato fuori dei locali commerciali, denunci l'invalidità di quest'ultimo o l'inadempimento e chieda l'emanazione di provvedimenti urgenti volti ad

inibire I'elevazione o la pubblicazione di protesti ovvero la cessione dei titoli rilasciati, qualora egli non abbia azionato il diritto di recesso, pur trovandosi nella condizione di esercitarlo al momento della scoperta della causa di invalidità o dell'inadempimento

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
PRETURA DI CATANIA

(Omissis)

FATTO

Con ricorso depositato il 18 febbraio 1999, Celano Salvatore e altri dodici consorti hanno chiesto che in via di tutela cautelare innominata venga inibita l'elevazione o la pubblicazione dei protesti, ovvero la cessione, dei titoli cambiari da essi rilasciati alla Cide s.r.l. per la partecipazione ad un corso di programmatore di computer, organizzato da quest'ultima e da Leonardi Domenico tenutosi a partire dal 22 ottobre 1998 a Catania.

Hanno dedotto l'invalidità per dolo del contratto di partecipazione al corso o, in subordine, l' inadempimento contrattuale della resistente, nonchè l'avvenuta violazione della disciplina in tema di diritto di recesso nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

Instaurato il contraddittorio, la Cide s.r.l. e Leonardi Domenico hanno contestato la ricostruzione dei fatti proveniente ex adverso, escludendo sia il dolo che l'inadempimento del contratto in oggetto, e rilevando come i ricorrenti non abbiano esercitato, nei termini di legge, il diritto di recesso loro riconosciuto.

DIRITTO

II ricorso, sebbene, in relazione al periculum, vadano registrati in giurisprudenza orientamenti tesi a ritenere che il protesto cambiario, conferendo pubblicità all'insolvenza del debitore, costituisca causa di discredito sia personale che commerciale e, pertanto, se illegittimo, provochi un danno che è *in re ipsa* (Cass. 5 novembre 1998, n. 11103, Foro it., Mass., 1160; 23 marzo 1996, n. 2576, id., Rep. 1996, voce Titoli di credito, n. 40; 22 maggio 1976, n. 1850, id., Rep. 1976, voce Responsabilità civile, n. 172; 14 giugno 1968, n. 1901, id., Rep. 1968, voce Titoli di credito, nn. 77, 78; contra, Cass. 23 dicembre 1997, n. 13002, id., Rep. 1997, voce cit., n. 74; 26 marzo 1997, n. 2679, ibid., voce Responsabilità civile, n. 126; 19 settembre 1975, n. 3065, id., Rep. 1975, voce cit., n. 179; 11 giugno 1971, n. 1750, id., Rep. 1971, voce Titoli di credito, n. 41), si presenta comunque carente in ordine al requisito del *fumus*, solo considerando i limiti che la tutela cautelare incontra in presenza di misure di diritto materiale poste a tutela di chi ha ragione.

Invero, presupposto indefettibile della tutela cautelare è che la funzione che essa assolve, di neutralizzazione del pregiudizio che può derivare all' attore dalla durata del procedimento ordinario, non possa essere già realizzata dalla previsione di rimedi di natura sostanziale diretti alla salvaguardia del diritto.

Tra questi mezzi va certamente annoverato il diritto di recesso del consumatore, previsto per i contratti negoziati fuori da locali commerciali, dal d.leg. 15 gennaio 1992 n. 50, di attuazione della direttiva Cee 577/85 (e che si inserisce nell'ambito dei recenti interventi legislativi volti ad assicurare una tutela «reale» e non più meramente formale al consumatore); recesso che il consumatore può

esercitare, qualora — come nei presente caso — sia stata omessa l'informazione sul diritto stesso, entro il termine di sessanta giorni dalla stipula del contratto ai sensi dell'art. 6, 2° comma, d.leg. cit.
I ricorrenti, pertanto, di fronte ai dedotti vizi della volontà ovvero all'inadempimento contrattuale del Cide (peraltro, nella specie, non rinvenibili alla stregua della prodotta documentazione), anziché ricorrere allo strumento d'urgenza, avrebbero potuto azionare il diritto potestativo di recesso loro riconosciuto sciogliendosi così da qualsiasi obbligazione assunta nei confronti della società resistente e, in conseguenza, rendendo privi di causa i titoli cambiari sottoscritti; e ciò avuto riguardo alla decisiva circostanza che al momento della «scoperta» del dolo o dell'inadempimento della resistente (vale a dire fin dall'inizio del corso), gli interessati si trovavano ancora nella condizione di esercitare tale diritto, essendo stato il contratto sottoscritto il 22 settembre 1998. Onde vanno denegate le chieste misure cautelari.

*****

III. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 19 ottobre 1999, Alaimo C. (Avv. A. Palmigiano) c. Daewoo Electronics Italia S.p.A. (Convenuta contumace), Giudice Carbone

E' vessatoria la clausola contenuta nelle condizioni di garanzia che esclude ogni altra forma di garanzia per vizi ed attribuisce solo il diritto alla riparazione gratuita del prodotto che dovesse risultare inidoneo al funzionamento, escludendo altresì ogni diritto alla risoluzione del contratto di compravendita, alla riduzione del prezzo e al risarcimento dei danni.

E' vessatoria la clausola contenuta nelle condizioni di garanzia che escluda espressamente la responsabilità del produttore per ogni altro danno comunque dipendente o connesso con la vendita del prodotto eventualmente difettoso.

REPUBBLICA ITALIANA
NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI PALERMO

(Omissis)
Con atto depositato il 27 Febbraio 1998 l'attore ha citato in giudizio per i motivi che saranno appresso evidenziati la DAEWOO Electronics ITALIA S.p.A. che non avendo assunto alcuna iniziativa partecipava al processo è stata ritualmente dichiarata contumace alla prima udienza di trattazione tenutasi il 9 Aprile successivo.
Denuncia I'attore che in data 23 Settembre 1997 ebbe ad acquistare presso la F.C.F. S.p. a. corrente in Palermo un televisore DAEWOO corrispondendo in contanti il prezzo dovuto di £. 399.000 e ricevendo in cambio oltre al televisore uno scontrino di cassa certificativo del detto importo e, a parte, un foglio anonimo prestampato e multilingue con ivi indicate talune condizioni contrattuali e di garanzia di cui si dirà meglio più avanti. Aggiunge lo stesso che dopo qualche giorno appena dall' acquisto il televisore ebbe a manifestare notevoli segni di carenza funzionale per cui dopo averne denunciato le anomalie al venditore fu da questi indirizzato al centro di assistenza DAEWOO di Orso Giuseppe presso il quale, il 17 Ottobre 1997, depositò per le necessarie riparazioni l'apparecchi televisivo.

Precisa al riguardo il ricorrente che sino alla data di notifica dell'atto di citazione avvenuta il 6 febbraio e cioè poco dopo meno di quattro mesi dall' avvenuta consegna il televisore, nonostante i reiterati solleciti verbali e la diffida telegrafica del 13 Gennaio 1998, non gli è stato restituito permanendo tuttavia, immotivatamente ed inspiegabilmente presso il dinanzi citato laboratorio di riparazioni.

Ma oltre ai cennati inconvenienti l'attore incentra la propria azione soprattutto sulla richiesta di inefficacia contrattuale avanzata in via incidentale ex artt. 1341 e 1469 bis e segg. c.c. richiamandosi in proposito alle "condizioni di garanzia" considerate vessatorie. Nel complesso ed evidenziate nell'anonimo foglio del quale si è avuto modo di far cenno e ricevuto al momento dell'acquisto.

Chiede pertanto e conclusivamente:

a) ritenere e dichiarare che la Società DAEWOO si è resa inadempiente nei suoi confronti per la riparazione del televisore come sopra indicato nonché la declaratoria di inefficacia delle clausole già menzionate;

b) conseguentemente, condannare la DAEWOO a risarcire il danno subito per il mancato uso del televisore quantificato in £.200.000 o da determinarsi ex art. 96 anche in via equitativa;

c)ordinare inoltre alla Società convenuta di restituire ad esso attore il televisore per cui è causa riparato a a perfetta regola d' arte, dando un termine per l' adempimento trascorso il quale possa farlo riparare presso diverso e idoneo centro specializzato con condanna della controparte a sopportare tali spese fermo restando che le

superiori domande sono da intendere comunque comprese nei limiti di £. 2.000.000.
II tutto, con vittoria di spese, competenze, ed onorario di giudizio

MOTIVAZIONI

Fatta eccezione per taluni aspetti che si ritengono comunque secondari e di cui si dirà più compiutamente in seguito, le richieste di parte attrice meritano accoglimento.
Gli accadimenti cosi come da essa descritti hanno trovato puntuale, fedele riscontro nelle testimonianze rese dai Sigg. Giaccone Aurelio e Orso Giuseppe titolari rispettivamente del punto di vendita F.C.F. S.p.A. e del Centro di assistenza DAEWOO nonché all'interno della vigente normativa dalla stessa invocata, pertinente al caso in esame e dal Legislatore specificamente posta a tutela del cittadino-consumatore.
In proposito giova ribadire che sul foglio anonimo cui si è già fatto riferimento (ma in ogni caso riconosciuto perché utilizzato nelle rispettive attività da entrambi i precitati testimoni) sono state predisposte unilateralmente dalla DAEWOO talune condizioni di garanzia delle quali è sufficiente in questa sede estrapolare trascrivendola integralmente la parte più significativa: "Il presente certificato di garanzia esclude ogni altra forma di garanzia per vizi ed attribuisce solo il diritto alla riparazione gratuita del prodotto che dovesse risultare inidoneo al funzionamento escludendo altresì ogni diritto alla risoluzione del contratto di compravendita, alla riduzione del prezzo e al risarcimento dei danni; è espressamente esclusa inoltre la responsabilità della Ditta DAEWOO Electronics per ogni altro danno comunque dipendente o connesso con la vendita del prodotto

eventualmente difettoso". Dallo spirito e dalla lettera di siffatta clausola contrattuale si torna a ripetere unilateralmente predisposta emerge con tutta evidenza la caratterizzazione vessatoria della stessa che si pone pertanto in palese stridente contrasto con il dettato di cui all' art. 1341 c.c. giustamente e opportunamente invocato dall'attore.
Oltre agli inconvenienti di natura contingentale all'inizio cennati come lamentati dall' Alaimo e già di per sé gravi e inaccettabili va adeguatamente evidenziato quindi il comportamento seguito dalla DAEWOO nella adottata politica di vendita certamente non ispirata a principi di normale disponibilità e di ortodossa trasparenza che devono in ogni caso e in ogni circostanza presiedere alla gestione di un rapporto commerciale nell' ambito del quale alle richieste adempienze dell'acquirente consumatore deve fare riscontro da parte venditrice il rispetto degli obblighi e delle garanzie poste a tutela del primo dalle vigenti disposizioni legislative in materia e in particolare da quanto sancito dagli artt. 1469 e segg. c.c..
Con richiamo al contenuto della riportata clausola contrattuale di garanzia non si può ragionevolmente non rifiutare l'assoluta aprioristica certezza in essa esplicitata in ordine al perfetto funzionamento di un prodotto elettronico ancorchè realizzato con i più avanzati e sofisticati sistemi tecnologici in atto disponibili.
Da tale ostentata assoluta certezza e dalla imposizione delle clausole predisposte nei termini come dianzi indicati si ricava piuttosto il convincimento che per certi aspetti le condizioni di garanzia riferite al tipo di prodotto commercializzato e per cui è causa finiscono col collocarsi al massimo limite della buona fede

contrattuale ma in ogni caso con marcate connotazioni di illegittimità di base.

Ciò ritenuto e considerato anche se non tutte le domande attoree possono essere accolte cosi come, formulate perchè in parte futuribili, generiche e indeterminate si può conclusivamente affermare che nel caso in esame le linee commerciali seguite dalla DAEWOO oltre ad eludere, come si è detto, i normali canoni di un normale rapporto contrattuale sono da considerare illegittime per le spiccate caratteristiche di palese iniquità e di sostanziale vessatorietà

P.Q.M.

quest'Organo adito nella contumacia della convenuta DAEWOO Electronics ITALIA S.p.A. parzialmente accogliendo. le domande attoree:

dichiara che la Società DAEWOO Electronics ITALIA S.p.A. in persona del suo Legale Rappresentante pro-tempore si è resa inadempiente nei confronti di Alaimo Cataldo per la riparazione del televisore da questi acquistato per £. 399.000 il 23 Settembre 1997 presso la F.C.F. di Palermo;

- dichiara per le ragioni d cui in motivazione l'inefficacia delle relative clausole in garanzia;

- ordina alla DAEWOO Electronics Italia S.p.A. di provvedere alla restituzione immediata al Sig. Alaimo Cataldo del televisore riparato a perfetta regola d'arte e tutt'ora in deposito presso il Centro di Assistenza DAEW0O di Palermo del Sig. Orso Giuseppe;

-condanna infine la predetta Società, per il mancato uso dell' apparecchio televisivo da parte dell'acquirente Alaimo Cataldo, al pagamento a titolo di indennizzo a favore di quest'ultimo della somma di £. 200.000;

- le spese di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate in £. 155.000 per Diritti di Procuratore e in £. 200.000 per Onorario di Avvocato oltre IVA e CPA come per legge;
- dichiara a norma dell'art. 282 c.p.c. la presente sentenza provvisoriamente esecutiva.
Così deciso in Palermo nell'Ufficio del Giudice di Pace.

*****

IV. Giudice di Pace di Acireale, sentenza 21 marzo 2005, Chiarenza S. (Avv. F. Vasta) c. C.G. Auto (dott. G. Gargano), Giudice Floritta

Nella vendita di beni di consumo usati (nella specie di un'autovettura), anche nel caso in cui l'acquirente non invochi uno dei rimedi di cui all'art. 1519 quater, secondo comma, Codice civile, ma si limiti a denunciare I'inadempimento del venditore alla garanzia convenzionale, è applicabile la presunzione posta dall'art. 1519 sexies, terzo comma, Codice civile, a norma del quale, se i difetti si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene, si presume che esistessero già a tale data.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI ACIREALE

IL GIUDICE DI PACE DI ACIREALE
nella persona dell'avv. Marco Floritta ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel procedimento iscritto al N.R.G. 821/03

TRA

Stefano Chiarenza, elettivamente domiciliato in Giarre, piazza Bonadies 7, presso lo studio dell'Avv. Francesco Vasta, che lo rappresenta e difende giusta procura a margine dell'atto di citazione,

ATTORE

Contro

C.G. Auto di Cannata Giuseppe, elettivamente domiciliato in Catania, piazza Trento 2 presso lo studio del dott. Giacomo Gargano, giusta procura a margine della comparsa di risposta,

CONVENUTO

OGGETTO: Condannatorio

CONCLUSIONI DELLE PARTI: come riportate negli scritti difensivi e nei verbali di causa.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 11.09.2003, Chiarenza Stefano conveniva innanzi al Giudice di Pace di Acireale, la C.G. Auto di Cannata Giuseppe, esponendo che in data 18.10.2002 l'odierno attore acquistava dal convenuto un'automobile usata Fiat Marea targata AW 372 CF, con già percorsi Km 79.000.

Il venditore si impegnava a garantire tale autovettura da guasti per un periodo di dodici mesi dalla data indicata in contratto.

Nell' aprile 2003, si verificava la rottura della testata del motore per difetto della stessa, come accertato da officina specializzata, per cui il Chiarenza si rivolgeva alla C.G. Auto cui comunicava e cui metteva a disposizione l'auto per gli opportuni accertamenti.

Seguiva inspiegabile rifiuto a prestare la garanzia da parte dell'odierno convenuto, che tuttavia riconosceva il difetto denunciato, limitandosi, però in violazione dell'art. 3 del regolamento contrattuale e del d.l. 24/2002, a mettere a

disposizione la somma di 200,00 euro a completa tacitazione dei danni patiti.
Per i fatti di cui sopra richiedeva la condanna del convenuto a garantire l'attore per i danni meccanici patiti dalla Fiat Marea con corresponsione della somma di € 1.469,94, pari al costo delle riparazioni.
C.G. Auto si costituiva in giudizio, contestando in fatto e diritto la domanda attrice, eccependo, in particolare, che la garanzia in oggetto era valida unicamente ove il guidatore avesse sottoposto l'auto a regolari manutenzioni (ogni 10.000 Km), decidendo la stessa in caso di negligenza del guidatore stesso.
Il Cannata, pertanto, ritenendo che in soli sei mesi la Marea aveva percorso oltre 25.000 Km senza regolari manutenzioni, evidenziando la negligenza del Chiarenza come determinante nella causazione dell'evento, avendo lo stesso omesso di effettuare i prescritti tagliandi.
Alla udienza del 12.03.2004, si procedeva all'interrogatorio formale dell'attore il quale rispondeva di aver effettuato regolari tagliandi; veniva escusso il teste sig. Antonino Monaco, meccanico presso la cui officina il Chiarenza portò la Marea che "bolliva", il quale ha dichiarato di aver sostituito il termostato dell'acqua e la ventola; dichiarava, altresì, che l'indomani fece altri accertamenti, provvedendo alla sostituzione della testata per una spesa di € 1.200,00 senza manodopera. Riferiva, ancora, che la Marea era stata oggetto di regolare manutenzione (ogni 8.000 Km) e che il Cannata riconobbe il difetto e si dichiarò pronto a versare € 200,00.
Alla stessa udienza veniva sentito il teste Gialliccio Angelo Mario, il quale, ammetteva che il Cannata a

titolo amichevole si era dichiarato pronto a dare un contributo di € 200,00 al Chiarenza, e che il Cannata non riteneva operante la garanzia in quanto l'auto in questione era stata smontata e riparata da altri.

Depositata la CTU tecnica, affidata alla dott.ssa Rosaria Maugeri in data 30.09.2004, essendo risultati vani i vari tentativi di bonario componimento, all'udienza del 14.01.2005, previa autorizzazione del Giudice, le parti precisavano le proprie conclusioni depositando note conclusionali, e, quindi, il Giudice di Pace poneva la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea appare fondata e come tale deve essere accolta.

Preliminarmente, a' sensi dell'art. 1341 c.c. deve ritenersi inefficace la clausola contrattuale invocata da parte convenuta, in quanto la limitazione della garanzia non è stata specificatamente sottoscritta dall'odierno attore.

Deve, in ogni caso, ritenersi provato – stante la dichiarazione fatta dal meccanico Antonino Monaco – che l'attore avesse effettuato regolare manutenzione dell'autovettura per cui è causa.

Ciò posto deve ritenersi pienamente operante la garanzia prestata dal venditore al momento della stipula del contratto di vendita della vettura *de qua.*

Ai sensi dell'art. 1 d.lgs. 24/2002, inoltre, si presume che i difetti di conformità, manifestatasi entro 6 mesi dalla consegna dei beni, esistessero già a tale data.

Nel presente caso, i difetti dell'autovettura si sono manifestati entro 6 mesi dalla consegna della stessa al compratore, per cui, in mancanza di

prova contraria non offerta dal venditore, si presume che il difetto esistesse già al momento della consegna dell'auto stessa.
Stante la tempestiva comunicazione effettuata dal Chiarenza al Cannata, finalizzata all'applicazione della garanzia pattuita, deve ritenersi l'inadempimento di quest'ultimo.
Per quanto riguarda l'accertamento dei danni d risarcire il sottoscritto Giudice prende atto delle risultanze della espletata CTU che hanno ritenuta congrua la somma richiesta in citazione, pari ad € 1.469, 64.
Per quanto concerne, infine, le spese del presente giudizio, le stesse seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace di Acireale, definitivamente pronunciando, in accoglimento della domanda proposta da Chiarenza Stefano nei confronti di C.G. Auto di Cannata Giuseppe, condanna quest'ultima a pagare in favore del sig. Chiarenza Stefano, la somma di € 1.469,64, costo delle riparazioni effettuate, oltre interessi all'effettivo soddisfo.
Condanna i convenuti al pagamento in favore del sig. Chiarenza Stefano delle spese processuali che liquida in complessivi € 600,00, di cui € 350,00 per competenze ed € 250,00 per onorario, oltre Iva e CPA come per legge, nonché al pagamento delle spese di CTU, quantificate in € 380,00.
Sentenza esecutiva ai sensi di legge.
Acireale, 21.03.2005

*****

V. Giudice di Pace di Catania, sentenza 4 ottobre 2005, Schimmenti A. (Avv. G. Lombardo) c. Phone Center S.r.l., Giudice Lentulo

La "garanzia legale", come disposto dall'art. 7 della direttiva 1999/44/CE, recepita in Italia con il D.Lgs n. 24/02, ha carattere imperativo, pertanto nessun accordo tra le parti può toglierle efficacia. Essa ha durata di anni due con decorrenza dalla consegna del bene, con obbligo del consumatore di denunciare il difetto riscontrato entro due mesi dalla scoperta.

Il consumatore che riscontra il difetto di conformità del prodotto acquistato nel suddetto periodo di validità, ha la possibilità di ottenere il ripristino della conformità senza spese, attraverso la riparazione o sostituzione salvo che ciò non risulti sproporzionato o impossibile, o, in subordine, rispetto a tale rimedio, la possibilità di chiedere la riduzione adeguata del prezzo

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI CATANIA

Nella persona del Dott. Antonio Lentulo ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel procedimento iscritto al R.G. N 46

Tra

Schimmenti Angelo nato a Palermo il 06/12/1957 elettivamente domiciliato in Catania, Via Firenze n. 20 presso lo studio dell'Avv. Giuseppe Lombardo che lo rappresenta e difende giusta procura;

ATTORE

Contro

Phone Center S.r.l. in persona del suo legale rappresentante p.t. con sede in Catania, Via Cesare Beccaria n. 76/78;

CONVENUTA CONTUMACE

Oggetto: Condannatorio

Conclusioni delle parti per come riportate negli scritti difensivi e nei verbali di causa.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione regolarmente notificato in data 17/05/05, Schimmenti Angelo, citava in giudizio la Phone Center S.r.l. in persona del suo legale rappresentante p.t., sostenendo che, in data 02/12/03, acquistava presso la suddetta società un telefono cordless modello Master Junior matricola n. 0503105JZX per la complessiva somma di euro 25,00.

Deduceva, che già, dal Febbraio 2004, il telefono presentava dei difetti di funzionamento costringendolo a recarsi presso il venditore per ottenerne la riparazione in garanzia, e, nonostante ripetuti interventi, il telefono continuava a presentare inconvenienti, fin quando, nel Febbraio 2005 cessava definitivamente di funzionare.

A seguito di ciò, si recava presso il venditore per ottenere la dovuta riparazione, ottenendone un netto rifiuto essendo, a suo dire, la garanzia annuale, già decorsa.

Chiedeva pertanto, la riparazione o la sostituzione del suddetto telefono, nonché il risarcimento del danno derivante dal suo mancato utilizzo, da liquidarsi in euro 500,00 oltre spese e compensi del presente giudizio.

All'udienza del 3 Ottobre 2005 la causa veniva posta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente, questo Decidente, dichiara la contumacia della convenuta società, che, ritualmente citata, non si è costituita nel presente giudizio.

Nel merito la domanda dell'attore è fondata e meritevole di accoglimento.

Invero, la minuziosa documentazione prodotta, ha dimostrato ogni passo della attività svolta dall'attore al fine di ottenere la riparazione del telefono cordless acquistato presso la convenuta società in data 02/12/03, e che dopo brevissimo tempo mostrava dei difetti di conformità, tale da renderlo inutilizzabile.

Invero, la "garanzia legale" come disposto dall'art. 7 della direttiva 1999/44/CE, recepita in Italia con il D.Lgs n. 24/02, ha carattere imperativo, pertanto nessun accordo tra le parti può toglierle efficacia, essa ha durata di anni due con decorrenza dalla consegna del bene, con obbligo del consumatore di denunciare il difetto riscontrato entro due mesi dalla scoperta.

Far valere la garanzia legale significa dare al consumatore, che riscontra il difetto di conformità del prodotto acquistato nel suddetto periodo di validità, la possibilità di ottenere il ripristino della conformità senza spese, attraverso la riparazione o sostituzione salvo che ciò non risulti sproporzionato o impossibile, o, in subordine, rispetto a tale rimedio, la possibilità di chiedere la riduzione adeguata del prezzo.

La convenuta società, non costituendosi nel presente giudizio, non ha fornito elementi utili a questo decidente, per una diversa valutazione del caso.

Alla luce delle superiori considerazioni, in via equitativa ex art. 113 c.p.c., onera la convenuta società Phone Center S.r.l., a ripristinare la conformità del telefono, attraverso la sua riparazione o sostituzione, o in subordine a versare all'odierno attore la congrua somma di euro 20,00.
Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M

Il Giudice di Pace, definitivamente pronunciando, sul ricorso proposto Schimmenti Angelo, previa dichiarazione di contumacia della convenuta Phone Center S.r.l. in persona del suo legale rappresentante p.t., ogni contraria istanza eccezione e difesa reietta, così provvede: per la causale di cui in motivazione, in via equitativa ex art. 113 c.p.c., accoglie la domanda attorea e per l'effetto onera la convenuta società a ripristinare la conformità del telefono, attraverso la sua riparazione o sostituzione, o in subordine a versare la congrua somma di euro 20,00.
Condanna altresì la convenuta, al pagamento in favore dell'attore delle spese del presente giudizio che si liquidano nell'importo onnicomprensivo per competenze ed onorari in euro 255,00 di cui euro 45,00 per spese oltre iva e cpa come per legge.
Dichiara la presente sentenza provvisoriamente esecutiva.
Così deciso in Catania addì 04 ottobre 2005

*****

VI. Tribunale di Catania, sentenza 27 novembre 2006, Finocchiaro M. C. (Avv. Pittari) c. Panebianco A. (Avv. Fragalà), Giudice Di Stefano

L'accoglimento della domanda di risarcimento del danno per la mancanza di qualità del bene venduto è preclusa quando i difetti di qualità siano apparenti, mentre non può escludersi ove essi siano facilmente riconoscibili.

E' preclusa ogni tutela per l'acquirente di un bene privo di qualità essenziali soltanto quando tale deficit sia apparente e ciò in forza del principio dell'auto-responsabilità; questo implica che gli accordi negoziali impegnino secondo il loro obiettivo significato, donde se «oggetto» del contratto è un determinato bene, trasferito nello «stato di fatto» in cui si trova ed individuato tenendo conto delle sue (eventualmente scadenti) caratteristiche oggettive, parte acquirente non può poi dolersi di quelle medesime scadenti (o mancanti) qualità proprio in quanto da lui accettate come tali.

Il venditore non è responsabile - mancando la colpa (requisito che qui deve sussistere a differenza dell'ipotesi di cui all'art. 1490 c.c.) - se il bene era privo di quelle qualità che, in quanto apparenti ed obiettivamente evincibili caratterizzavano l'oggetto in sé, che come tale quindi è da presumersi sia stato accettato e voluto dal compratore.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI CATANIA

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto notificato in data 12 dicembre 2000 Finocchiaro Maria Concetta conveniva in giudizio Panebianco Angelo esponendo; che in data 14 giugno 2000 aveva acquistato da quest'ultimo per il prezzo complessivo di lire 135.000.000 un appartamento di vani due ed accessori ed un, garage di mq 24 sili nel complesso edilizio «Il Corallo» in località Fondachello (Mascali); che nell'estate dello stesso anno si era accorta che l'accesso al garage della casa di villeggiatura con la propria auto era impedito sia dalla presenza di pilastri in cemento posti a distanza ravvicinata sia dalla presenza di un'autovettura di proprietà dei coniugi Di Mulo-Musumeci i quali da successive notizie acquisite erano in effetti titolari di un regolare posto auto acquistato nel giugno 1994.

Poiché il Panebianco non aveva trovato alla vicenda la promessa soluzione definitiva (si era solo premurato di fornire altro provvisorio posto auto di sua pertinenza) chiedeva in ragione dei denunciati vizi o mancanza di qualità del bene acquistato la parziale risoluzione del contratto limitatamente alla vendita del garage con la restituzione della somma di lire 30.000.000 e in subordine il risarcimento dei danni di lire 23.000.000 per il minor valore del locale acquistato e in ogni caso il risarcimento dei danni per il deprezzamento subito dall'appartamento.

Costituitosi in giudizio il Panebianco preliminarmente eccepiva l'incompetenza per

territorio del giudice adito (essendo competente quello di Giarre), nel merito chiedeva il rigetto della domanda deducendo che l'attrice era a perfetta conoscenza già alla stipula del preliminare delle caratteristiche dell'immobile. Più precisamente l'attrice ha proposto nei confronti del venditore azione di risarcimento del danno per mancanza di una qualità promessa, azione senz'altro ammissibile in via autonoma a prescindere dall'azione di risoluzione di cui all'art. 1497 c.c..

Al riguardo va puntualizzato anzitutto che tardiva è l'eccezione (pur in astratto rilevante nella specie non vertendosi in ipotesi *aliud pro alio*) di decadenza ex art. 1494 ce, in quanto sollevata dal convenuto solo in seno alle memorie istruttorie ex art. 184 c.p.c. (la giurisprudenza da questi citata risale al 1987 e quindi si riferisce a periodo antecedente la novella che ha introdotto ben precise preclusioni processuali in ordine al *thema decidendum*).

Nella fattispecie - di inadempimento per mancanza di qualità ex art. 1497 c.c. a differenza che nell'errore-vizio, dove il compratore in realtà s'inganna sulle qualità di ciò che gli spettava, art. 1429 c.c. la cosa trasferita non possiede le caratteristiche oggettive che in base al contratto avrebbe dovuto avere e che quindi erano dovute (Cass. 2843/96, Foro it, 1996, I, 3382, e 5773/96 ibid.; mentre Cass. 5313/03, id., Rep., 2003, voce Contratto in genere, n. 541, lascia all'iniziativa della parte la scelta tra l'una o l'altra azione).

Questione dubbia in dottrina e giurisprudenza è se alla fattispecie di cui all'art. 1497 c.c. siano applicabili, seppur non espressamente richiamati (essendolo solo le norme sui termini di decadenza e prescrizione), i principi dettati in tema di vizi e in

specie, per quel che qui rileva, l'art. 1491 c.c. che esclude la garanzia in presenza di vizi conosciuti o facilmente riconoscibili dall'acquirente.

La Suprema Corte per lo più (ma con pronunce ormai datate non rinvenendosi precedenti recenti sul punto) nega siffatta applicazione (anche solo analogica) sostenendo che «il requisito della riconoscibilità è posto dalla legge solo per la garanzia relativa ai vizi della cosa venduta mentre per la mancanza di qualità tale requisito non è neppure richiamato dall'art. 1497 c.c., il quale limita all'art. 1495 ce il riferimento alla normativa dettata dal codice in materia di vizi della cosa venduta» (Cass. 3803/78. id., Rep. 1978, voce Vendita, n. 67: 3695/69. id., Rep. 1970. voce cil., n. 92; 500/68, id., Rep. 1968, voce eie. n. 95: contro, invece, Cass. 2821/66, id., Rep. 1966, voce cit., n. 122).

Tuttavia ciò non esclude, naturalmente, in forza del generale principio di autoresponsabilità, che gli accordi negoziali impegnino secondo il loro obiettivo significato, donde se «oggetto» del contratto è un determinato bene, trasferito nello «stato di fatto» in cui si trova ed individuato tenendo conto delle sue (eventualmente scadenti) caratteristiche oggettive, parte acquirente non può poi dolersi di quelle medesime scadenti (o mancanti) qualità proprio in quanto da lui accettate come tali; di converso il venditore non può certo dirsi responsabile - mancando la colpa (requisito che qui deve sussistere a differenza dell'ipotesi di cui all'art. 1490 c.c.) - se il bene era privo di quelle qualità che, in quanto apparenti ed obiettivamente evin-cibili caratterizzavano l'oggetto in sé, che come tale quindi è da presumersi sia stato accettato e voluto dal compratore.

In sostanza l'apparenza delle scadenti (o mancanti) qualità del bene, connotandosi quale obiettivo elemento della sua identificazione, fa presumere il medesimo così voluto (mentre altrettanto non può dirsi per la facile riconoscibilità del difetto di qualità) - giungendosi per tal via al medesimo risultato che autorevole dottrina raggiunge sul presupposto che l'art. 1511 c.c. accomuni i vizi apparenti ai difetti apparenti di qualità.

Venendo ad applicare i principi di cui sopra al caso di specie risulta evidente che la presenza dei pilastri di sostegno dell'edificio condominiale nella corsia di manovra antistante il garage acquistato dall'attrice - che limitano fortemente, rendendolo assai disagevole, come acclarato dal consulente l'utilizzo dello stesso come garage (comunque possibile solo con vetture di piccole dimensioni) - era del tutto «apparente» sicché nulla ora può lamentare al riguardo la Finocchiaro, la quale oltretutto aveva anche avuto il possesso anticipato del bene al momento della stipula del preliminare (marzo 2000).

Discorso diverso invece va fatto con riguardo all'esistenza di un posto auto di proprietà di altro condomino nella zona delimitata da quei medesimi pilastri, a cagione del quale (ed in presenza di detta vettura di terzi) si rende ancor più difficoltoso l'accesso al garage rendendo indispensabili «numerose manovre in marcia avanti e marcia indietro col costante pericolo di strisciare l'autovettura» (c.t.u.).

Tale posto auto, sempre in virtù di quanto verificato dal consulente d'ufficio, non era in alcun modo segnalato, ed era riconoscibile (in quanto catastato) solo visionando un particolare allegato (denominato elaborato planimetrico).

E venendo in gioco per quanto detto solo i difetti di qualità apparenti al momento della stipula, non rileva a questo punto ulteriormente verificare se si verta o meno in una ipotesi di «facile riconoscibilità» (che peraltro è anche da escludere nella specie non potendo pretendersi che la diligenza debba estendersi fino al punto di imporre ricerche presso la pubblica amministrazione, neppure valorizzando il dato soggettivo della professione di agente immobiliare svolta dall'acquirente).

Apparenza da escludersi, peraltro, anche a voler dare credibilità alla versione fornita quale teste dall'agente immobiliare che mise in contatto le parti (Musumeci Angelo) - ma contrastata dall'altro teste Proietto Gaetano, marito dell'attrice che nega siffatta circostanza - secondo cui al momento di far visionare l'immobile egli avrebbe indicato l'esistenza del posto auto dei coniugi Di Mulo.

Infatti quella eventuale semplice «indicazione» mancando ogni segnale che contrassegnasse con esattezza le dimensioni dello spazio occupato, non implicando il disagio che veniva a provocare (poi infatti constatato solo nel periodo estivo quando i titolari iniziarono a parcheggiare la loro auto) non è sufficiente a render palese nel senso sopra specificato le negative caratteristiche del bene compravenduto.

Si è dunque in presenza di una mancanza (non apparente) di qualità sotto il profilo di un diletto di capacità funzionale della cosa riferita alla sua normale ed ordinaria destinazione economico-sociale (tuttavia non del tutto esclusa, donde non si rientra nella fattispecie, seppur ciò rileva a ben vedere solo ai fini del quantum del risarcimento poiché come visto non si pone una questione di

decadenza dai termini dalls quale scaturisce da una situazione di mero fatto resa possibile da un «diritto di terzi» non configurabile come onere o diritto di godimento gravante direttamente sulla cosa come imposto dall'art. 1489 c.c..

Infatti è ben vero che tale ultima norma non trova applicazione nel caso in esame ma non è vero, di contro, che il difetto non riguardi il bene venduto in sé poiché è evidente che nella sua accezione economico-funzionale un garage tale non è ove privo di concreto utilizzo per mancanza di antistanti spazi di manovra, donde si resta nell'ambito della responsabilità per inadempimento, senza che vi sia ragione di invocare la violazione del dovere di comportamento secondo buona fede (per aver taciuto la reale situazione dei luoghi) a titolo di responsabilità «precontrattuale» ex art. 1337 c.c. (oggi ritenuta rilevante non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative o di conclusione di un contratto invalido, ma anche quando il contratto sia stato concluso e sia valido; Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, id., 2006. II. 1105).

Tutto quanto sopra considerato va pertanto riconosciuto a parte attrice il diritto al risarcimento dei danni ex art. 1497 c.c. («l'acquirente può sempre agire per il risarcimento del danno sotto forma di una proporzionale riduzione del prezzo corrispondente al maggior valore che la cosa avrebbe avuto», Cass. 10 gennaio 1981, n. 247, id., Rep. 1981. voce cit., n. 98) da determinarsi in via equitativa, tenendo anche conto del deprezzamento che l'unità abitativa viene a subire per il difetto funzionale della pertinenza ad essa annessa, nella misura del 12 per cento del prezzo complessivamente pagato (lire 135.000) per

l'acquisto dell'appartamento ed annesso garage, e pari - già ad oggi rivalutata la relativa somma e computati gli interessi maturati rispetto alla data di esborso del denaro - ad euro 10.000 cui vanno aggiunti gli ulteriori interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza all'effettivo soddisfo.

*****

VII. Giudice di Pace di Scicli, sentenza 27 gennaio 2007, Iurato G. (Avv.ti G. Pitrolo e V. Contarini) c. Autoplus S.r.l. (Avv. A. Moltisanti), Giudice De Agostino.

Secondo l'art. 1519 ter, comma 3, a mente del quale non vi è difetto di conformità se al momento della conclusione del contratto il consumatore era a conoscenza del difetto o non poteva ignorarlo con l'ordinaria diligenza, incombe sull'acquirente l'onere di provare di non essere stato a conoscenza del difetto secondo tale ordinaria diligenza.

Qualora il difetto si manifesti entro due anni dalla consegna del bene, l'acquirente ha due mesi dalla scoperta per denunciare tale difetto al venditore per potere fare valere i diritti di cui all'art. 1519 quater c.c. (riparazione o sostituzione, ovvero congrua riduzione del prezzo o risoluzione del contratto). Tale denuncia, anche se fatta personalmente o telefonicamente, è pienamente valida per potere porre il venditore a conoscenza del fatto.

Qualora il venditore non ottemperi alla richiesta dell'acquirente di provvedere alla riparazione del bene venduto, quest'ultimo, secondo quanto disposto dall'art. 1519 quater, comma 7, lett. b), ha diritto alla riduzione del prezzo richiesta, tenuto conto dell' "uso del bene".

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI SCICLI

Il Giudice di Pace di Scicli, dott Fiorella De Agostino, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel procedimento civile iscritto al n. 21/2003 R. G./A, promosso

DA

Iurato Giuseppe, rappresentato e difeso, sia congiuntamente che disgiuntamente, per procura a margine della citazione, dagli Aw.ti Giuseppe Pitrolo e Vanda Contarmi, presso il cui studio in Scicli, V.le I Maggio n. 8, è elettivamente domiciliata

ATTORE

Contro

AUTOPLUS S.r.L, in persona del legale rappresentante sig. Caruso Salvatore, con sede legale in Ispica, elettivamente domiciliato in Ispica, Via Crispi n. 10, presso lo studio dell'Avv. A. Moltisanti, da cui è rappresentato e difeso come da mandato in calce all'atto di citazione notificato

CONVENUTO

Avente ad oggetto: Azione riduzione prezzo o estimatoria .

La causa veniva posta in decisione all'udienza del 29/03/2004, sulle seguenti conclusioni delle parti:

Per l'attore l'Avv. Vanda Contarmi precisa le proprie conclusioni definitive riportandosi al "CONCLUDE" così come formulato nell'atto di comparsa contestualmente depositato. Nessuno è comparso per la convenuta Autoplus S.r.l., per la quale l'Avv. Moltisanti aveva così concluso nella comparsa di costituzione: "Piaccia all'Onde Giudice

adito, rigettata ogni contraria istanza, eccezione e difesa: Preliminarmente, nel rito, dichiarare la propria incompetenza per territorio ai sensi e per gli effetti degli artt. 19 e 20 c.p.c, all'uopo adottando ogni consequenziale provvedimento; Nel merito, e senza deflettere dalla superiore richiesta, rigettare la domanda attorea siccome infondata in fatto ed in diritto, all'uopo adottando ogni altra consequenziale statuizione in favore della ditta convenuta anche in ordine alla rifusione di spese e compensi difensivi."

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato in data 31/01 e 04/02/2003, Iurato Giuseppe, Rappresentato e difeso come in atti, conveniva in giudizio avanti a questo Giudice di Pace la Autoplus S.r.l., in persona del leg. rapp.te Caruso Salvatore, chiedendo che ne venisse dichiarata la responsabilità, nei confronti dell'attore, dei difetti da questi lamentati nell'autovettura che la convenuta stessa gli aveva venduto, al fine di ottenere la riduzione del prezzo di vendita. Esponeva l'attore che nel mese di marzo 2002 aveva acquistato presso la ditta convenuta una vettura FIAT Croma usata per il prezzo complessivo di € 6.322,80, incluso il passaggio di proprietà. Alcuni mesi dopo, il 14/11/2002, durante la marcia, l'autovettura si bloccava improvvisamente. Solo dopo lo smontaggio del motore veniva riscontrato che il guasto interessava tutto il blocco motore e la testata, per cui l'odierno attore era stato costretto a sostituire l'intero blocco propulsore con altro di seconda mano. Il difetto veniva prontamente segnalato alla ditta venditrice, sia telefonicamente che personalmente, e quindi a mezzo di lettera racc. A/R, con la quale il venditore

veniva diffidato a procedere al ripristino della conformità del bene venduto. La convenuta, tuttavia, respingeva la richiesta, eccependo sia la decadenza dalla garanzia per decorso dei termini di cui all'art. 1495 c.c., sia il fatto che il difetto lamentato era certamente da ascrivere alla "vetustà del veicolo". Ritenendo che il difetto riscontrato non potesse essere attribuibile all'utilizzo dell'auto, anzi rosse un vizio non riconoscibile con l'ordinaria diligenza, e quindi da considerare vizio occulto, e preesistente all'acquisto dell'autovettura, onde la società venditrice risultava inadempiente alla propria obbligazione di ripristinare la conformità del bene venduto, il sig. Furato si vedeva costretto ad agire *per actio quanti minoris o aestimatoria*, per la riduzione del prezzo corrisposto per l'acquisto. Chiedeva conseguentemente che, previa declaratoria della responsabilità della convenuta Autoplus S.r.l. dei difetti di conformità esistenti nell'autovettura sin dal momento della consegna, e ritenuta la stessa inadempiente alla formale richiesta di riparazione, l'adito G. di P. disponesse una congrua riduzione del prezzo di vendita dell'autovettura stessa, richiesta in € 2.200,00 o in quell'altra misura ritenuta di giustizia, entro i limiti di competenza dell'adito Giudice con condanna della convenuta alla rifusione delle spese di giudizio.

La convenuta Autoplus S.r.l., costituendosi in giudizio, eccepiva preliminarmente l'incompetenza territoriale di questo Giudice di Pace di Scicli, sostenendo che la competenza territoriale doveva essere ritenuta del Giudice di Pace di Ispica, a norma degli artt. 18 e 19 c.p.c., essendo tale la sede sociale della convenuta nonché il luogo di stipula del contratto di compravendita

dell'autovettura. Nel merito eccepiva che l'auto in questione era stata immatricolata nel 1996, e si trattava quindi di un veicolo già notevolmente usurato, seppur in ottime condizioni, che l'acquirente aveva fatto visionare prima dell'acquisto da un meccanico di sua fiducia. Tale circostanza fa escludere che si possa, nel caso di specie, parlare di vizi occulti del bene venduto, dovendosi per contro ritenere che le riparazioni occorrenti fossero dovute allo stato di vetustà del veicolo. Essendosi poi il guasto verificato a distanza di ben otto mesi dall'acquisto, e dopo un uso intenso da parte dell'odierno attore, si deve dedurre che anche le modalità di utilizzo siano da considerare causa del guasto stesso.

La convenuta eccepiva infine la tardività della denuncia, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1495 c.c., in quanto la racc. A/R con cui il venditore era stato posto a conoscenza dei fatti era pervenuta solo il 14/12/2002, mentre il guasto si era verificato esattamente un mese prima, il 14/11/2002, quindi ben oltre gli otto giorni del termine di cui all'art. 1495 cit. La convenuta chiedeva pertanto, preliminarmente, la declaratoria di incompetenza territoriale dell'adito G. di P. di Scicli, in favore del G. di P. di Ispica; nel merito, il rigetto della domanda attorca in quanto infondata, con condanna alle spese di giudizio.

Sull'eccezione di incompetenza territoriale si opponeva parte attrice, sostenendo che nel caso in esame doveva essere applicato l'art. 1469 bis, co. 3 n. 19, c.c., che stabilisce come foro esclusivo, nelle controversie fra professionisti e consumatori, quello del luogo di residenza del consumatore, avendo tale indicazione carattere inderogabile se non sottoposta a trattativa individuale.

Su tale eccezione il G. di P. riservava ordinanza, concedendo alle parti termine per note illustrative, quindi sciogliendo la riserva, ritenuta l'eccezione de qua preliminare nel rito, invitava le parti a formulare le rispettive conclusioni, assegnando quindi la causa a sentenza. La sentenza, ai soli fini della competenza, veniva emessa in data 27/10/2003, con dispositivo con contestuale motivazione che in questa sede interamente si trascrive.

Il Giudice di Pace dato atto dell'eccezione di incompetenza territoriale avanzata dalla convenuta Autoplus S.r.l. alla prima udienza del 17 marzo 2003;

viste le note illustrative depositate dalle parti nel termine assegnato;

viste le conclusioni rassegnate dalle parti, nonché letta la comparsa conclusionale depositata dall'attore;

visti gli artt. 18 e 19 c.p.c, nonché l'art. 1409/bis n. 19 introdotto dalla 1.6/2/1996, n. 52;

Ritenuto che nella presente fattispecie ricorrano gli elementi per l'applicazione dell'art. 1469 bis citato, dovendosi ritenere l'Autoplus quale "professionista" e l'attore Iurato quale “consumatore";

che, come riconosciuto dalla S.C, "l'art. 1469/bis, n. 19, del c.c., presumendo nei rapporti fra professionista e consumatore il carattere vessatorio della clausola contrattuale che stabilisca come sede del foro competente nelle controversie località diverse da quella di residenza o domicilio eletto del consumatore, ha introdotto un foro esclusivo, anche se derogabile a seguito della trattativa individuale (art. 1469/ter, co. 4, del c.c.), che esclude, in quanto tale, sia sotto il profilo dell'incompatibilità, che per il principio della

successione delle leggi nel tempo, ogni altro foro e, in particolare, anche quelli di cui agli articoli 18 e 20 del c.p.c, indipendentemente dalla posizione processuale assunta dal consumatore, ponendosi rispetto alla normativa del c.p.c. come foro speciale" (Cass. civ. sez. 1, 28 agosto 2001 n. 11282); che conseguentemente appare priva di pregio la considerazione di parte convenuta, secondo la quale l'art. 1469 bis, n. 19 c.c. si limiterebbe a considerare come vessatorie le clausole che dispongono deroghe alla competenza, peraltro non presenti nel contratto de quo;

considerato che l'art. 1469 bis è pienamente applicabile al caso *de quo*, essendosi il contralto concluso in data posteriore alla sua entrata in vigore;

ritenuto che non vi è stata trattativa individuale volta alla determinazione di un foro diverso da quello di residenza o domicilio del consumatore (art. 1469/ter c.c.), come risulta dalla copia del contratto depositata in atti;

P.Q.M.

Respinge l'eccezione di incompetenza territoriale avanzata da parte convenuta, confermando la propria competenza a conoscere della presente controversia.

Condanna la convenuta Autoplus S.r.l. a rimborsare all'attore le spese ed i compensi difensivi della presente fase processuale, che si determinano in € 560,00 complessivi, di cui € 250,00 per onorario, € 240,00 per competenze, ed il resto per spese, oltre I.V.A. e C.P.A., con attribuzione delle spese al procuratore antistatario, a norma dell'art. 93 c.p.c. Così deciso in Scicli, il 27/10 /2003.

Con propria ordinanza in pari data il G. di P. disponeva rimettersi la causa sul ruolo al fine del proseguimento del processo nel merito.
Venivano quindi ammesse ed espletate le prove testimoniali dedotte da parte attrice; quindi, ritenuta la causa sufficientemente istruita, il G.di P. invitava le parti a precisare le rispettive conclusioni definitive ed a discutere la causa.
All'udienza del 29 marzo 2004, sulle conclusioni come in epigrafe riportate, nella persistente assenza della convenuta, la causa veniva assegnata a sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Rileva innanzitutto questo G. di P. che la convenuta Autoplus S.r.l. non è più comparsa in udienza dopo la pronuncia della sentenza parziale sulla competenza del 27/10/2003, non assistendo alle prove testimoniali né formulando le conclusioni definitive e nemmeno discutendo la causa. Tale comportamento può essere valutato da questo giudicante a norma dell'art. 116, co. 2, c.p.c, potendosene arguire un disinteresse della parte all'esito del giudizio.
Nel merito, la domanda è fondata e merita conseguentemente di essere accolta.
Si deve innanzitutto tener presente che il contratto di compravendita dell'autovettura per cui è causa è stato stipulato il 21/03/2002, mentre l'auto è stata materialmente consegnata all'acquirente il 25/03/2002, quindi dopo l'entrata in vigore del D. Lg.vo del 2/02/2002, n. 24. Sono conseguentemente da applicarsi al caso di specie gli articoli da 1519/bis a 1519 nonies del c.c., introdotti dal Decreto citato. L'ultimo comma dell'art. 1519 bis dispone che "le disposizioni del presente paragrafo si applicano alla vendita di beni

di consumo usati, tenuto conto del tempo del pregresso utilizzo, limitatamente ai difetti non derivanti dall'uso normale della cosa." Il successivo art. 1519/ter, co. 3, precisa ulteriormente che "non vi è difetto di conformità se al momento della conclusione del contratto il consumatore era a conoscenza del difetto o non poteva ignorarlo con l'ordinaria diligenza". Ed infine l'art. 1519 sexies recita: "Il venditore è responsabile quando il difetto di conformità si manifesta entro il termine di due anni dalla consegna del bene." Alla luce delle norme citate, si deve accertare prima di tutto se l'attore (acquirente) potesse essere a conoscenza del difetto dell'auto vettura al momento dell'acquisto. Afferma la convenuta che l'attore prima di comprare l'auto la fece visionare da un meccanico di sua fiducia. Il teste Guccione ha precisato che il meccanico che controllò l'auto si limitò ad auscultare il motore, rilevando solo una piccola perdita di olio. Tuttavia il teste Gulino ha affermato che il danno alla testata era riscontrabile solo con lo smontaggio del motore, cosa che evidentemente eccede la "ordinaria diligenza". Sempre il teste Gulino ha precisato che il danno derivava da una "soffiatura" alla testata risalente a molti mesi prima, che poteva essere originata sia da una cattiva manutenzione che da una cattiva condotta di guida del precedente proprietario. E' da escludere che la mancata manutenzione sia imputabile all'attore, perché il teste ha affermato che sin dall'acquisto dell'auto l'attore ha fatto regolarmente effettuare dal teste stesso la regolare manutenzione, che avrebbe certo evidenziato eventuali problemi derivanti da cattiva condotta di guida. E' quindi pienamente dimostrato che il difetto lamentato, che ha reso l'autovettura

inidonea all'uso, era preesistente all'acquisto di essa da parte dell'attore, che non avrebbe potuto conoscerlo con l'ordinaria diligenza.
Il difetto si è manifestato ad otto mesi di distanza dall'acquisto; sussiste pertanto la piena responsabilità del venditore, a norma del cit. art. 1519 sexies, a norma del cui secondo comma, inoltre, viene fissato in due mesi dalla scoperta il termine entro il quale l'acquirente deve denunciare il difetto al venditore, per poter usufruire dei diritti di cui all'art. 1519 quater (riparazione o sostituzione, ovvero congrua riduzione del prezzo o risoluzione del contratto). Anche a voler prescindere dall'avviso dato dall'attore alla convenuta sia telefonicamente che personalmente pochi giorni dopo il verificarsi del guasto, che pure per costante giurisprudenza è pienamente valido al fine di porre il venditore a conoscenza del fatto, è evidente che la comunicazione a mezzo lettera racc. A/R il 14/12/2002 è stata fatta entro il termine di due mesi dal 14/11/2002.
Sussiste quindi pienamente l'obbligo della convenuta Autoplus S.r.l. al ripristino della conformità del bene venduto all'attore, e ciò, per come richiesto dall'attore ed in applicazione del D. Lg.vo n. 24/2002, mediante una congrua riduzione del prezzo di vendita dell'autovettura. Il venditore infatti non ha ottemperato alla richiesta dell'acquirente, di provvedere, almeno in parte, alla riparazione dell'auto, concorrendo nelle spese di riparazione; l'attore quindi, a norma dell'art. 1519/quater, co. 7, lett. b), ha diritto alla riduzione del prezzo richiesta, tenuto conto "dell'uso del bene". Dalla documentazione versata in atti si deduce che il prezzo complessivo pagato dall'attore, comprensivo del passaggio di proprietà; pertanto si

deve ritenere che l'auto sia stata acquistata per circa € 6.000,00. Poiché il valore di mercato della vettura usata all'epoca si aggirava intorno a € 5.000,00, ed in considerazione del fatto che per ottenerne il ripristino funzionale l'attore ha dovuto affrontare, una spesa di € 1.344,00, giusta fatture depositate, ritiene questo G. di P. che la riduzione da applicarsi sul prezzo effettivamente pagato, avuto riguardo all'uso che l'acquirente fa, o ha fatto sinora, dell'autovettura, e ricordando che essa è stata regolarmente utilizzata per circa otto mesi dopo l'acquisto, debba ammontare ad € 1.800,00. La convenuta Autoplus S.r.L, in persona del suo legale rappresentante, dovrà conseguentemente rimborsare all'attore l'importo di € 1.800,00.

Per ciò che attiene alla liquidazione delle spese di giudizio, si ricorda che le spese relative alla fase del giudizio sulla competenza, conclusosi con sentenza parziale del 27/10/2003, sono già state liquidate in detta sentenza; quelle relative a questa fase del giudizio quindi si liquidano, secondo la nota spese depositata, in complessivi € 1.366,79, di cui € 573,83 per competenze, € 703,00 per onorario ed il resto per spese, oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge.

P. Q. M.

Il Giudice di Pace, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da Iurato Giuseppe, rappresentato e difeso come in atti, nei confronti di Autoplus S.r.l, in persona del legale rappresentante p.t, con atto di citazione ritualmente notificato in data 31/01 e 5/02/2003, ogni altra istanza, eccezione e deduzione respinta, così

DECIDE

1. Ritiene e dichiara la convenuta Autoplus S.r.l. responsabile nei confronti dell'attore dei difetti di

conformità esistenti nell'autovettura FIAT Croma tg. AJ 095 SC sin dal momento della consegna;
2. Ritiene e dichiara la convenuta inadempiente alla richiesta di riparazione formalmente espressa dall'attore;
3. Condanna conseguentemente la convenuta Autoplus S.r.l. a rimborsare all'attore, a titolo di riduzione sul prezzo di vendita dell'autovettura, la somma di € 1.800,00;
4. Condanna la convenuta a rimborsare all'attore le spese ed i compensi difensivi del presente procedimento, che si determinano in complessivi € 1.366,79, specificati come da motivazione, oltre I.V.A. e C.P.A.
Dichiara la presente sentenza provvisoriamente esecutiva fra le parti, secondo il disposto dell'art. 282 c.p.c.
Così deciso in Scicli, il 24 gennaio 2007

IV. TURISMO E TRASPORTI

Il significato di una vacanza

Per comprendere il senso della giurisprudenza in materia turistica è necessario accennare al reale significato che assume la vacanza per il consumatore, perché il valore intrinseco di un periodo di villeggiatura va ben al di là rispetto all'insieme dei servizi che lo compongono.

A ben guardare, infatti, è indubitabile che, oltre al viaggio di trasferimento ed al soggiorno in una struttura alberghiera, il turista ricerchi un *plus* che - seppur diverso da caso a caso - è comunque idoneo a qualificare il "bene vacanza" come autonomo ed ulteriore rispetto ai vari servizi messi a sua disposizione.

Impossibile fare un elenco completo di ciò che ciascuno si attende dal periodo di riposo e di svago: ogni turista fa i propri progetti e si organizza in base alle proprie esigenze e possibilità. La vacanza può essere un fare (viaggiare, riposare, divertirsi, rilassarsi, vedere posti nuovi, nuotare, fare sub, prendere il sole, mangiare piatti tipici, visitare musei, etc.) oppure un non fare (non andare al lavoro, non fare la spesa, non alzarsi presto la mattina, non mettere la cravatta, etc.). In entrambi i casi si tratta di un importante momento areddituale che assume una sua rilevanza allorché il giudice è chiamato a valutare un inadempimento.

Ecco perché numerosi possono essere i contesti nei quali la giurisprudenza

individua disservizi idonei a giustificare una pronuncia di risarcimento del danno. Si tratta di situazioni nelle quali la dinamica di consumo può consistere nell'acquisto di un singolo viaggio o di un pacchetto turistico "tutto compreso" e qualcosa non va secondo quanto è stato programmato: il trasporto si rivela inefficiente (ritardi o smarrimento del bagaglio), l'albergo è di categoria inferiore, la stanza meno accogliente, il ristorante poco gradevole e via dicendo. Insomma quanto è stato messo a disposizione del turista non coincide con quello che ha acquistato dal professionista. Ed in molte situazioni, sfogliando la casistica, emerge sullo sfondo la frustrazione per aver vanificato l'unica occasione di villeggiatura dell'intero anno. Circostanza da tenere in debito conto nella valutazione del danno subito dal consumatore.

Questa analisi della giurisprudenza resa dai giudici siciliani (una Regione, quasi inutile ricordarlo, a fortissima vocazione turistica) consente di ripercorrere la maggior parte delle questioni più rilevanti nelle controversie di consumo riguardanti il viaggio e la vacanza.

Tra queste non mancano, come in ogni processo, alcune questioni d'ordine procedurale (riguardanti la competenza del giudice adito, la legittimazione passiva, la capacità a testimoniare di determinati soggetti), alcune importanti questioni di diritto (vessatorietà delle clausole contrattuali, regime di responsabilità tra

venditore ed organizzatore, la qualificazione del danno da "vacanza rovinata") e naturalmente un ampio catalogo di fattispecie in fatto (in parte dedicate all'inadempimento del solo contratto di viaggio ed in parte alla materia del pacchetto turistico "tutto compreso").

Alcune questioni processuali

Come è noto le questioni preliminari d'ordine processuale rivestono un'importanza strategica nel processo e spesso sono sollevate anche nelle controversie di natura turistica. La giurisprudenza siciliana ha avuto modo di occuparsi di alcune tra le più significative di esse.

Nel processo definito con la **sentenza del Giudice di Pace di Palermo del 22.11.2005**, la compagnia aerea convenuta (per un caso di ritardata consegna del bagaglio in un viaggio Palermo-Londra), eccepiva preliminarmente l'incompetenza per materia del Giudice di Pace adito, sostenendo che, secondo l'art. 28 della Convenzione di Varsavia del 12.11.1929 (approvata in Italia con legge n. 81 del 1932 e modificata dal Protocollo dell'Aja del 28 settembre 1955 e successivi protocolli di Montreal), competente a decidere in merito all'azione di responsabilità promossa contro il vettore è, a scelta del richiedente, il "tribunale" del

domicilio del vettore ovvero il "tribunale" del luogo di destinazione.

Interpretando correttamente le fonti internazionali, il Giudice di Pace osservava che "*il richiamo che fa la predetta disposizione normativa al tribunale' deve intendersi in senso generico come rinvio all'autorità giudiziaria del Paese sottoscrittore con la conseguenza che, individuato lo Stato competente ai sensi dell'art. 28, devono essere rispettate le regole in materia di distribuzione della competenza per funzione, materia o valore, all'interno del predetto paese, tra i distinti uffici giudiziari*". Conseguentemente, non sussistendo per il diritto italiano alcuna competenza funzionale o per materia del tribunale e risultando la competenza per valore del giudice adito, il Giudice di Pace respingeva l'eccezione di incompetenza per materia e funzionale sollevata dalla compagnia aerea convenuta.

La materia turistica, vista la sua stessa natura, si presta altresì a questioni riguardanti la competenza per territorio del giudice adito e, sebbene la disciplina dei contratti del consumatore in generale abbia ormai abbondantemente valicato i primi dieci anni di vigenza (dapprima nel Codice civile, artt. 1469-bis e segg, attualmente nel Codice del consumo, artt. 33 e segg.), può ancora accadere di veder eccepire l'incompetenza del giudice adito secondo le regole generali poste dal Codice di procedura civile.

Su questo argomento è stato chiamato a pronunciarsi il **Giudice di Pace di Caltanissetta nella sentenza 29 giugno 2006**, in seguito all'eccezione del tour operator convenuto. Rigettando l'eccezione, il Giudice ricordava l'applicabilità dell'art. 1469-bis, numero 19, "*che individua come foro competente quello della sede del consumatore (…), indirizzo come più volte seguito dalla Suprema Corte di Cassazione che si è pronunciata anche a Sezioni Unite nella sentenza n. 14669 del 1.10.2003*".

Sempre in tema di eccezioni preliminari, nella già citata sentenza del Giudice di Pace di Palermo del 22.11.2005 (riguardante una controversia per ritardata consegna del bagaglio), la compagnia aerea convenuta eccepiva il difetto di legittimazione attiva dell'attore non avendo questi provato di aver imbarcato un bagaglio dal momento che i relativi *tickets* risultavano intestati ad altro passeggero, compagno di viaggio dell'attore processuale. Per questa stessa ragione la compagnia aerea convenuta eccepiva altresì l'inammissibilità della prova testimoniale richiesta, asserendo l'incapacità a testimoniare ex art. 246 cpc dell'amico, compagno di viaggio.

Opportunamente il **Giudice di Pace di Palermo nella sentenza del 22.11.2005** rigettava le predette eccezioni ricordando che è uso delle compagnie aeree di intestare i bagagli di più soggetti ad un componente del gruppo, rilasciando solo a

questi la ricevuta e rimarcando, in ordine alla valutazione delle prove, che l'incapacità a testimoniare si fonda su interesse giuridico personale e concreto che "*non si identifica con l'interesse di mero fatto che un testimone può avere a che venga decisa in un certo modo una controversia in cui sia chiamato a deporre*" (al più, potrebbe profilarsi un problema di attendibilità, rimesso comunque alla discrezionale valutazione del giudice di merito).

Nello stesso procedimento il Giudice era chiamato a pronunciarsi sulla eccepita decadenza dell'attore dall'esercizio dell'azione di responsabilità da farsi valere previo inoltro di contestazione scritta nei termini prescritti dalle Condizioni generali di Trasporto internazionale, richiamate sul retro del biglietto aereo (nel caso di specie la contestazione era stata sottoscritta da persona diversa rispetto all'intestatario del "tagliando bagagli").

Il Giudice, nel negare il fondamento dell'eccezione, osservava che "*nessun pregio può avere il fatto che il predetto reclamo sia stato posto in essere da soggetto diverso dal portatore del ticket attestante la consegna del bagaglio se trattasi del reale titolare dell'azione risarcitoria e se ha consentito al vettore aereo di risalire al Rapporto Irregolarità Bagaglio effettuato nell'immediatezza del fatto*".

Non di rado le pronunce giurisprudenziali in materia turistica richiamano la

disciplina del consumatore in generale e dunque i profili di vessatorietà di alcune clausole.

E' il caso della decisione del **Tribunale di Palermo del 31.5.2007** nella quale il giudice, chiamato a verificare la clausola delle condizioni generali di contratto in forza della quale era previsto il pagamento di una penale a carico del contraente consumatore nell'ipotesi di recesso dal contratto di viaggio, ne sanziona la vessatorietà paragonandola alla clausola che consentiva al tour operator di annullare il viaggio a sua discrezione in caso di mancato raggiungimento del numero minimo di partecipanti.

In altre occasioni, controvertendo in materia di pacchetti turistici "tutto compreso" (disciplinati dal d.lgs. 111/1995, oggi rifluito nel Codice del Consumo, artt. 82 e segg.) i giudici sono stati chiamati a decidere circa l'eccezione di difetto di legittimazione passiva proposta dal singolo fornitore di uno dei servizi chiamato in giudizio dal consumatore.

In particolare, nel procedimento definito dal **Tribunale di Marsala con sentenza del 5.4.2007**, il vettore aereo convenuto eccepiva il proprio difetto di legittimazione passiva sostenendo che, avendo gli attori acquistato un pacchetto turistico, avrebbero dovuto convenire esclusivamente il venditore ovvero l'organizzatore i quali, se del caso,

avrebbero potuto agire in rivalsa nei confronti del vettore aereo.
Dichiarando infondata l'eccezione il giudice statuiva che l'art. 14 del d.lgs. 111/1995 non istituisce affatto una "legittimazione passiva"' esclusiva in capo all'organizzatore od al venditore: "*la legge non dice (né potrebbe dire, a pena di violazione palese degli artt. 3 e 24 della Costituzione) che al consumatore è precluso di rivolgere direttamente le sue richieste risarcitorie al diretto autore del danno, ma si limita a prevedere, in un'ottica di favore del viaggiatore, una legittimazione concorrente del venditore e dell'organizzatore anche per i servizi non direttamente prestati da costoro, ma dagli stessi scelti per il cliente e con il medesimo pattuiti*".
Come vedremo nel paragrafo seguente, il regime di responsabilità tra questi due soggetti, il venditore-agente di viaggio da un lato e l'organizzatore-tour operator dall'altro, è frequentemente oggetto di pronunce atte a chiarire gli obblighi gravanti su ciascuno.

Il regime di responsabilità tra i diversi soggetti professionali

Un tema che interessa frequentemente la giurisprudenza in materia turistica riguarda il regime di responsabilità gravante sui diversi soggetti che si contrappongono al consumatore. Può così accadere che, nel caso di acquisto del solo viaggio, la compagnia aerea tenti di

imputare la responsabilità alla società aeroportuale o che il tour operator organizzatore di un pacchetto cerchi di coinvolgere i singoli fornitori (vettore, albergatore, etc.).
Per questo, prima di esaminare nel dettaglio alcune fattispecie concrete di vacanza rovinata è opportuno ricordare lo scenario delineato dal Codice del Consumo con riguardo ai possibili responsabili per il disservizio subito dal turista. E' infatti chiaro che al consumatore si contrappongono più fornitori: non solo il venditore (l'agente di viaggio) e l'organizzatore (il tour operator), ma anche i singoli fornitori dei diversi servizi di viaggio (la compagnia aerea, navale o la società ferroviaria) e di alloggio (l'albergatore, il villaggio turistico, l'azienda termale, etc.).
E' chiaro il regime posto dal secondo comma dell'art. 93 Cod. cons. secondo il quale il tour operator che si avvale di altri prestatori di servizi è comunque tenuto a risarcire il danno sofferto dal consumatore, salvo il diritto di rivalersi nei loro confronti. Questa disposizione è, evidentemente, volta a favorire il consumatore, il quale ha nel tour operator e/o nel venditore un punto di riferimento diretto, senza dover verificare, nel concreto, di chi sia la responsabilità.
La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che sarà in via esclusiva l'organizzatore a rispondere di ogni danno arrecato al consumatore anche per il fatto

di altri fornitori di servizi: si persegue in questo modo lo scopo prioritario di facilitare l'azione del cliente danneggiato.

La sentenza resa dal **Giudice di Pace di Caltanissetta in data 29.6.2006** si sofferma, in particolare, sulla distinzione delle responsabilità tra agenzia di viaggi e tour operator: "*Preliminarmente occorre delineare le responsabilità nella causazione dei disagi patiti dagli odierni attori ed individuare l'ambito di operatività tra il tour operator, che è colui che organizza viaggi, soggiorni e pacchetti turistici, che poi può vendere direttamente ai clienti o attraverso di intermediari (come le agenzie di viaggi), e l'agenzia di viaggi, che svolge un'attività di intermediazione e di vendita di servizi già predisposti da altri (come i tour operators). I profili di responsabilità del tour operator e dell'agenzia sono diversi: il tour operator è responsabile dell'inadempimento degli obblighi relativi all'organizzazione del viaggio che assume direttamente nei confronti del consumatore. In conseguenza spetta al tour operator l'obbligo di risarcire i danni eventualmente subiti dal cliente a causa dei suoi inadempimenti e dei suoi errori nell'erogazione delle prestazioni contrattualmente convenute.*

Mentre per l'agenzia di viaggi si possono individuare due profili di responsabilità. Se organizza viaggi e soggiorni e non per conto di tour operator, è direttamente responsabile di inadempimenti, danni e disservizi nei confronti del cliente. Ma in questo caso opera come organizzatore del

viaggio. Pertanto i profili di responsabilità saranno gli stessi di quanto visto per il tour operator, e tale aspetto non rientra nel caso che ci occupa. Oppure, l'agenzia di viaggi svolge, come nel caso in esame, semplicemente il ruolo di intermediario tra il consumatore ed il tour operator, e sarà responsabile nei confronti del consumatore solo in relazione allo svolgimento della sua attività. E pertanto, nella fattispecie de quo, va individuata la responsabilità del tour operator organizzatore, ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. 111/95, del pacchetto turistico inerente il viaggio a Cuba, dei danni subiti dagli odierni attori.

Non può condividersi l'assunto sostenuto da parte convenuta, che il responsabile era semmai da individuare nella compagnia aerea (…) poiché nella fattispecie de quo è applicabile l'art. 13 della L. 27.12.1977 n. 1084, (definita CCV), secondo cui "l'organizzatore di viaggi risponde di qualunque pregiudizio causato al viaggiatore a motivo dell'inadempimento totale o parziale dei suoi obblighi di organizzazione", e tra tali obblighi vi sono certamente quelli di predisporre quelle misure di assistenza idonee ad alleviare i disagi subiti dai propri clienti al verificarsi di notevoli ritardi nei voli".

Lo stesso giudice, in altra sentenza resa in pari data (**Giudice di Pace di Caltanissetta, 29.6.2006 c IGV**) ha rigettato "*la domanda di garanzia spiegata in giudizio dalla I.G.V. nei confronti del vettore Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A.,*

essendo l'originaria società convenuta l'unica responsabile dei danni cagionati agli odierni attori".

Insomma, generalmente i giudici tendono a preservare il diritto del consumatore di individuare il convenuto legittimato passivamente nella controparte con la quale è si è instaurato il rapporto contrattuale ed economico (senza dare rilevanza ai subfornitori). In questo modo è più agevole dare concreta risposta alla domanda risarcitoria e non a caso proprio in tal senso si pone la normativa in materia di "tutto compreso".

Sul tema della ripartizione della responsabilità tra venditore ed organizzatore interviene anche la sentenza del **Giudice di Pace di Palermo del 15.3.2007**: in questo caso il Giudice chiarisce da subito che "*non sono controversi né le intervenute modifiche al pacchetto turistico, né il diritto degli attori ad ottenere la restituzione di quanto versato per la mancata fruizione di tale pacchetto, ma unicamente la individuazione del soggetto obbligato a rispondere della pretesa attorea.*

La Freedom Viaggi afferma di aver svolto una mera attività di intermediazione, di essersi limitata alla vendita del "pacchetto" predisposto dall'organizzatore del viaggio ed indica quale esclusivo destinatario della pretesa attorea il tour operator "Scirocco World Travel" chiedendone la chiamata in giudizio.

Per la valutazione di tale controverso aspetto, avuto riguardo all'epoca dei fatti, dovrà farsi riferimento alla disciplina dettata dalla legge n. 1084/1977, con cui è stata data esecuzione alla Convenzione di Bruxelles del 23.04.1970, ed ai principi rinvenibili nella giurisprudenza di legittimità.

La Suprema Corte (Cass. n. 16868/2002) ha affermato che nel caso di contratto concluso dal viaggiatore, tramite un intermediario, sulla base di un programma predisposto da un organizzatore di viaggi, vengono in essere tre distinti rapporti: un primo rapporto di mandato, tra organizzatore del viaggio e intermediario, in base al quale il secondo colloca sul mercato i servizi offerti dal primo; un secondo rapporto di mandato, tra viaggiatore ed intermediario, in base al quale questi raccoglie le prenotazioni dei viaggiatori; un terzo rapporto, tra organizzatore del viaggio e viaggiatore, che deriva dal contratto concluso tra queste parti attraverso l'intermediario.

Sulla base di tali premesse e di quanto previsto dall'art. 17 della sopraindicata Convenzione di Bruxelles e dall'art. 14 D.L/vo n. 111/1995, come modificato dalla legge n. 57/2001 – recante attuazione della direttiva CEE 90/314 in materia di viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso – deve affermarsi che il contratto stipulato con il viaggiatore da parte dell'agente intermediario, che agisce in tale qualità, produce gli effetti propri di un contratto

concluso da mandatario con poteri di rappresentanza e dà luogo ad un rapporto diretto tra viaggiatore ed organizzatore del viaggio con la conseguenza che il venditore non sarà responsabile della mancata o difettosa esecuzione delle prestazioni in cui si concreta il viaggio, ma unicamente delle violazioni riconducibili a sue dirette responsabilità.
Gli evidenziati principi e l'assenza di una responsabilità solidale tra organizzatore del viaggio e venditore sono stati ribaditi dal D.L/vo 06.09.2005 n. 206 (Codice del Consumo) che, all'art. 93, espressamente afferma che ciascuno degli individuati soggetti risponde delle inadempienze riconducibili alle rispettive responsabilità. Il ruolo di tour operator, ovverosia di organizzatore del pacchetto turistico, in testa alla 'Scirocco World Travel' emerge dalla stessa documentazione prodotta in allegazione degli attori".

La casistica dei disservizi nel trasporto aereo

Guardando alla casistica dei disservizi è preliminarmente necessario delineare lo spartiacque tra i casi nei quali il consumatore acquista solo un servizio di trasporto e quelli nei quali acquista una combinazione di servizi che costituiscono un pacchetto tutto compreso.
Riguardo alla prima categoria, la giurisprudenza si è occupata principalmente di casi di smarrimento,

danneggiamento e ritardata consegna del bagaglio o di ritardi del passeggero.

Tra le sentenze dei giudici siciliani si segnalano interessanti sentenze del Giudice di Pace di Palermo, alcune risalenti al 2002, altre più recenti del 2007 e del 2008.

Con **sentenza del 4 ottobre 2002, il Giudice di Pace di Palermo**, decidendo in ordine ad una richiesta di risarcimento del danno conseguente alla cancellazione del volo, determinava il risarcimento del danno non solo da inadempimento, ma anche per il mancato godimento delle ferie (gli attori sostenevano, infatti, di aver perduto il primo giorno di permanenza a Lampedusa).

In particolare il giudice, dopo aver osservato che la compagnia aerea "*non ha provato che la mancata esecuzione del trasporto con il volo prenotato è evento derivato da causa ad essa non imputabile, a norma dell'art. 1218 e 1681 c.c.", la dichiarava responsabile dei danni, "consistenti nel mancato integrale godimento delle vacanze e nei disagi sopportati a causa dell'inadempimento*" (tra questi il giudice ricomprendeva altresì, per uno dei passeggeri, il disagio per aver richiesto al suo datore di lavoro ferie delle quali non aveva potuto godere integralmente).

Con un'altra sentenza resa nello stesso periodo, il Giudice di Pace di Palermo, dichiarava sussistente la responsabilità della compagnia aerea che, avendo

cancellato un volo per "*problemi tecnico-operativi*", ometteva di fornire in giudizio la prova liberatoria di avere adottato tutte le cautele idonee ad evitare il danno, anche informando tempestivamente i passeggeri, così riconoscendo il diritto ad un risarcimento del danno da "*improvvisa mancata partenza*", da commisurarsi con valutazione equitativa (**Giudice di Pace di Palermo, sentenza dell'11.10.2002**).

Il soggetto professionale che si impegna alla fornitura del servizio di trasporto può poi rendersi responsabile di disservizi inerenti il bagaglio del passeggero o il ritardo nel volo.

Del primo caso (mancata consegna del bagaglio imbarcato su un volo) si è occupato recentemente il **Giudice di pace di Palermo (sentenza del 14.9.2007)** il quale, richiamando la Convenzione di Montreal del 1999, opera un significativo distinguo tra il danno risarcibile in caso di mancata consegna (limitato dagli accordi internazionali) ed i c.d. danni indiretti o conseguenti.

Infine, un'ultima questione nell'ambito della vendita del solo servizio di trasporto afferisce ai rapporti tra la compagnia titolare del contratto ed altri vettori con i quali questa abbia stipulato contratti di *subcharter*. Nella **sentenza del Giudice di Pace di Palermo del 17.1.2008** si approfondisce proprio questa situazione, in conseguenza della domanda di risarcimento del danno promossa da un consumatore che lamentava la

sistemazione in una classe inferiore (e dunque un minore comfort nel trasferimento, ma anche una serie di disservizi, ivi compreso un grave ritardo del trasferimento aereo).
Il giudice accertava che le inadempienze lamentate dall'attore vanno ricondotte alla compagnia che è parte del rapporto contrattuale, essendo questa responsabile di aver stipulato un contratto di *subcharter* e dunque di aver modificato unilateralmente il servizio.
L'altra area di rilevanza dei disservizi turistici è riconducibile al contratto di vendita di pacchetto tutto compreso, materia che - come già accennato - è disciplinata dal d.lgs. 111/1995, oggi tradotto negli art. 82 e seguenti del Codice del consumo.

La casistica dei disservizi nel pacchetto turistico "tutto compreso"

L'attuale era del turismo di massa è nata e si è sviluppata sul versante del servizio "tutto compreso". Al giorno d'oggi la vendita di pacchetti turistici assorbe la più ampia fetta del giro d'affari relativo ai servizi turistici ed è proprio in questo settore che sembra maggiormente avvertirsi il (possibile) conflitto tra i diritti della persona e gli interessi commerciali dell'impresa, giacché il consumatore sempre più sovente si trova di fronte a prodotti o servizi innovativi, venduti in serie, scarsamente differenziati, dei quali non è in grado a priori di valutare la

qualità e, di conseguenza, la capacità di soddisfare i propri bisogni. A ciò non sfugge il turismo laddove, a dire il vero, la propensione al consumo sorretta da pubblicità spesso spregiudicate è oltremodo incrementata.

A ciò si aggiunga che il turismo è un fenomeno complesso, dal che deriva una certa peculiarità della tutela del consumatore in questo comparto. Come evidenzia la stessa giurisprudenza in esame, infatti, il turista è uno dei consumatori più esposti alle eventuali disfunzioni o patologie contrattuali, giacché acquista il prodotto (*rectius*: i servizi turistici) "a scatola chiusa", sulla base cioè delle informazioni contenute nel catalogo, non potendo egli verificare la qualità e la veridicità dei servizi acquistati se non dopo essere partiti per il viaggio, talvolta troppo tardi.

Ciò non deve, tuttavia, indurre a trascurare che l'interesse del turista può ovviamente essere compromesso anche al di fuori dell'ambito della fattispecie del viaggio organizzato, come si è rimarcato nel paragrafo che precede: tuttavia le due fattispecie si differenziano sotto un profilo di grande momento, cioè quello della presenza, nel caso dei c.d. "pacchetti turistici", di un'espressa disciplina normativa, particolarmente attenta alla tutela informativa del turista.

Forse per questo, e ne offre conferma l'orientamento dei giudici siciliani, nei viaggi organizzati il reclamo è più

frequente: in parte perchè l'insorgere di eventuali disservizi tende a manifestarsi in modo più appariscente; poi perché il consumatore è generalmente più avvertito dei suoi diritti e degli strumenti per farli valere. Un recente studio pubblicato dall'Unione Nazionale consumatori, nel fotografare la classifica dei reclami pervenuti nel corso dell'anno 2007 allo sportello del turista aperto sul sito www.consumatori.it, ha notato che ben oltre un terzo dei reclami (41%) riguarda l'inadempimento contrattuale nel "tutto compreso".

I disservizi nell' ambito di un pacchetto turistico possono naturalmente essere conseguenza di ritardi aerei: in questo caso, a differenza della fattispecie di acquisto del solo viaggio, sarà più agevole per il consumatore imputare all'organizzatore anche un danno da vacanza rovinata allorché l'inadempimento ha riguardato il volo di andata: secondo il Giudice di Pace di Caltanissetta (sentenza del 29.6.2006, c/ IGV) costituisce inadempimento contrattuale del tour operator il non aver previsto adeguati e congrui tempi tecnici tra un volo nazionale ed un volo intercontinentale: "*risulta documentalmente dalla copia del programma di viaggio prodotta in atti che l'orario dei voli (…) è risultata mal organizzata e difficilmente realizzabile anche in condizioni di regolare traffico aereo e di buone condizioni metereologiche*".

Ma il disagio del consumatore può anche essere dovuto ad un disservizio verificatosi nel viaggio di ritorno, come nel caso dell'altra sentenza resa dal Giudice di Pace di Caltanissetta (sempre in data 29.6.2006, c/Alpitour): in questo caso, infatti, si può addebitare al tour operator la mancata comunicazione ai turista del ritardo che avrebbe fatto perdere loro la coincidenza per il volo interno che avrebbe dovuto riportarli a Catania.
In simili situazioni assume una sua rilevanza, come attentamente fatto notare dal giudice, il fatto che "*i viaggiatori non hanno trovato alcun rappresentante del tour operator per prestare la dovuta assistenza per i considerevoli disagi arrecati, vista la tarda ora, per la sistemazione in albergo*" (Giudice di Pace di Caltanissetta, 29 giugno 2006, c/ IGV).
Ugualmente frequente è il caso di cui si è occupato il Tribunale di Marsala (sentenza del 5 aprile 2007), di smarrimento del bagaglio, reso nella fattispecie particolarmente grave dalla circostanza del viaggio, trattandosi di una "luna di miele", occasione unica ed irripetibile, tale da rendere particolarmente evidente la lesione subita dal turista.

Il diritto all'informazione del turista

L'insieme di informazioni che la legge ritiene necessario mettere a disposizione del turista assumono una straordinaria rilevanza nella verifica delle fattispecie di vacanza rovinata. E ciò perché proprio

queste notizie rappresentano il vero spartiacque tra i sogni del viaggiatore e ciò che il fornitore di servizi turistici si è impegnato (e quindi è tenuto) a mettergli a disposizione nel corretto adempimento dell'obbligazione assunta.
Così il parametro della soddisfazione del consumatore-turista si àncora alle aspettative legittimamente formatesi sulla base delle informazioni fornite dall'organizzatore. Del resto, la disciplina che regola la vendita di pacchetti turistici è ispirata ad un regime informativo particolarmente rigoroso che si realizza con la previsione di obblighi pre-contrattuali, contrattuali e post-contrattuali e che esplica i suoi effetti indistintamente nei confronti del tour operator e del venditore.
In altre parole, si può affermare che quello all'informazione è il maggior diritto di cui il consumatore-viaggiatore gode secondo il Codice del consumo, sulla considerazione che il turista è, evidentemente, ritenuto come un consumatore particolarmente a rischio per una serie di obiettive circostanze quali la lontananza dal proprio paese, la difficoltà con la lingua locale e, soprattutto, l'estrema difficoltà di individuare, durante il soggiorno, organismi o procedure cui rivolgersi in caso di necessità.
Nel concreto, è bene ricordare le molte norme nelle quali il diritto all'informazione del consumatore va a tradursi nel Codice: in primo luogo, nella previsione della

forma scritta per il contratto di viaggio (art. 85, Cod. cons.), quindi, nell'obbligo di consegnarne copia al consumatore (art. 85, comma 2), nell'indicazione di un contenuto obbligatorio del documento contrattuale (art. 86) ed infine nel rafforzamento della trasparenza pre-contrattuale (art. 87) e post-contrattuale (art. 88). Si osservi, infine, che l'art. 87, ultimo comma, Cod. cons., prevede un generale divieto di fornire informazioni ingannevoli sulle modalità del servizio offerto, sul prezzo e sugli altri elementi del contratto "*qualunque sia il mezzo mediante il quale dette informazioni vengono comunicate al consumatore*".

Ma tra queste norme, la tutela informativa del turista tocca il suo apice nella prescrizione riguardante il c.d. "*opuscolo informativo*". L'art. 88 Cod. cons. prevede, infatti, che -qualora sia posto a disposizione del consumatore- esso indichi in modo chiaro e preciso tutta una dettagliata serie di informazioni.

Si osservi che, a norma del secondo comma dell'art. 88, le informazioni contenute nell'opuscolo vincolano l'organizzatore e il venditore in relazione alle rispettive responsabilità, a meno che le modifiche delle condizioni ivi indicate non siano comunicate per iscritto al consumatore prima della stipulazione del contratto o vengano concordate dai contraenti, mediante uno specifico accordo scritto, successivamente alla stipulazione.

Così, nella giurisprudenza siciliana in esame, si è esaltata la valenza di ogni pubblicazione informativa perché i difetti informativi possono riguardare ogni elemento idoneo ad influire sulla vacanza. I racconti di esperienze di vacanza rovinata sono ricchi di immagini che, pur contenute nei depliants, si rivelano non conformi alla realtà dei luoghi: "*E' ammesso, infatti, dalla società convenuta che l'albergo deve trovano alloggio gli attori non è quello raffigurato con immagine alquanto accattivante (ampia area con piscina contornata da palmizi, in primo piano) nel depliant contenente l'offerta del pacchetto turistico de quo. E' provato documentalmente (riproduzione fotografica in atti recente la dichiarazione sottoscritta dall'albergatore, non confutata) che l'Hotel nel quale vennero in realtà accolti i predetti è invece rappresentato, nel medesimo depliant, come un imponente quanto amorfo fabbricato, privo di particolari connotazioni esteticamente allettanti*" (**Giudice di Pace di Siracusa, sentenza del 26.3.1999**).

La qualificazione e la liquidazione del danno

Un altro argomento che interessa frequentemente i giudici è quello relativo alla qualificazione del danno. Come è noto, la giurisprudenza di merito è ormai aperta a riconoscere, accanto al danno patrimoniale, la sussistenza di un danno non patrimoniale, da vacanza rovinata. Questa voce di danno è stata in qualche

occasione assimilata al danno biologico, più frequentemente ad un danno morale di natura esistenziale.
Nel primo senso si ricorda la sentenza, ormai risalente, del **Giudice di Pace di Siracusa del 26.3.1999**: "*Passando al terzo rilievo occorre evidenziare che il diritto al risarcimento dei danni patrimoniali ha trovato progressivo riconoscimento, anche sulla spinta di convenzioni internazionali e direttive comunitarie.*
Ma se è incontroversa la risarcibilità del danno patrimoniale, che ha anche trovato oggettiva parametrazione nel Regolamento CE n. 261/2004, non può altrettanto affermarsi per il danno non patrimoniale, che ha il suo presupposto fondante nel complesso dei disagi derivanti al turista/consumatore dalle inadempienze contrattuali del venditore e/o organizzatore del servizio. Una parte della giurisprudenza ha negato la risarcibilità del danno in commento per il limite costituito dalla previsione dell'art. 2059 c.c. e stante la impossibilità di ricondurre lo stesso nell'ambito di quello esistenziale per la cui configurabilità è necessaria la lesione di un diritto costituzionalmente garantito.
Tale interpretazione appare condivisibile nella parte in cui esclude, nel complesso dei disagi in commento, la sussistenza dei presupposti per la individuazione del danno esistenziale, ma non nella parte in cui esclude, in ogni caso, la possibilità di riconoscere tale voce di danno per il limite derivante dall'art. 2059 c.c.. E ciò in quanto

il necessario riferimento normativo è rinvenibile nella previsione di cui agli artt. 13 e 15 della Convenzione di Bruxelles sul Contratto di Viaggio del 23.04.1970, recepita nel nostro ordinamento dalla legge n. 1084/1977, che obbliga l'organizzatore/venditore inadempiente a rispondere di 'qualunque pregiudizio' sia derivato al turista/consumatore.

Nell'espressione 'qualunque pregiudizio' contenuta nelle norme della citata Convenzione, interpretata alla luce dell'orientamento comunitario a tutela del consumatore (sentenza Corte Giustizia Europea del 12/03/2002 – Simone Leitner c/ Tui Deutschland Gmbh e Co.Kg), è individuabile quella previsione normativa della risarcibilità del danno non patrimoniale che l'art. 2059 c.c. richiede per consentirne il risarcimento.

Il minore 'comfort' della classe di posto (turistica in luogo della 'style class'), il cui disagio ha trovato contingente risonanza per la documentata patologia (claustrofobia e attacchi d'ansia), il prolungato scalo a Zanzibar (12 ore in luogo di un'ora) e l'assenza di adeguata assistenza costituiscono un insieme di disagi, in sede processuale da nessuno negati e/o contestati, che vanno ricondotti alla modifica del prodotto (in termini di classe di posto e di programma di volo), unilateralmente decisa dall'Eurofly S.p.A. in totale violazione degli obblighi contrattualmente assunti e del prescritto

dovere di informazione nei confronti del contraente/consumatore".

Più aderente alla giurisprudenza maggioritaria è l'inquadramento come danno morale fatto proprio dalla sentenza del **Giudice di Pace di Palermo del 17.1.2008**: "*Il pregiudizio derivante, stante l'assenza di parametri nella normativa di riferimento, dovrà essere quantificato con criteri equitativi e che, nella fattispecie, appare ragionevole individuare in euro 350,00, ivi compreso il maggior danno da ritardato pagamento*".

La stessa sentenza è interessante per lo spazio che vi trovano i criteri di liquidazione del danno: "*Nella fattispecie, per giurisprudenza ormai costante, va tenuto in debito conto anche il danno non patrimoniale subito e reclamato dagli attori. E' indubbio, infatti che lo scopo perseguito da chi va in vacanza, a parte l'aspetto culturale (minimo nella fattispecie), è preminentemente quello di ottenere uno stacco dallo stress della vita quotidiana (per il quale è quindi condizione indispensabile la realizzazione del programma scelto all'uopo), finalizzato all'allentamento delle tensioni nervose connaturate ormai normalmente all'intensità della vita moderna, con conseguente miglioramento delle potenzialità psico-fisiche e, in ultima analisi, della qualità della vita, per la conseguita capacità di reinserirsi nell'abituale contesto sociale, familiare e lavorativo ed affrontarne gli aspetti negativi*

in maniera meno drammatica, più distesa. Tale beneficio certamente non è stato conseguito dai partecipanti alla vacanza organizzata i quali, estremamente contrariati da tutti gli inconvenienti intervenuti durante il loro sfortunato soggiorno, certamente ripresero le loro normali attività con spirito tutt'altro che ritemprato dallo svago. Le corti di merito hanno definito tale tipo di danno non patrimoniale come danno morale. Ma nel nostro ordinamento giuridico il danno morale è essenzialmente riconnesso al patema, all'afflittività del trauma sofferto in dipendenza di un fatto che costituisce reato.

Secondo l'avviso di questo decidente, invece, il particolare tipo di danno non patrimoniale in esame deve più verosimilmente ricondursi al danno biologico che attiene piuttosto al pregiudizio subito dalla salute intesa in senso lato, dell'individuo, avuto riguardo alla proiezione negativa nel suo futuro esistenziale delle conseguenze dell'evento dannoso, sotto l'aspetto della limitazione al libero sviluppo della personalità a causa della lesione, subita nella propria integrità biopsichica, con i conseguenziali risvolti deteriori anche nella vita di relazione.

Ciò premesso, i danni immateriali subiti dagli attori, tenuto conto della loro giovane età, che comporta una maggiore capacità di reagire positivamente alle avversità, possono equitativamente stabilirsi in lire 400.000 cadauno".

Considerazioni conclusive

In conclusione di questa breve riflessione sulle situazioni tratte dalla giurisprudenza siciliana è bene chiedersi che genere di conseguenze provocano i disservizi turistici nell'agenda di viaggio. Molto semplicemente queste disavventure spezzano un clima (non più spensieratezza), impediscono un fare che si era programmato (non più riposo) e costringono ad un fare non previsto (reclami e proteste).

E' quel disagio del viaggiatore che la dottrina ha chiamato "vacanza rovinata": il pregiudizio conseguente alla lesione dell'interesse del turista di godere pienamente del viaggio organizzato come occasione di piacere, di svago o di riposo, senza essere costretto a soffrire quel disagio psicofisico che talora si accompagna alla mancata realizzazione in tutto o in parte del programma previsto. Insomma, il turista si trova a non poter più fare le stesse cose di prima e si vede costretto a farne altre, tendenzialmente meno belle, interfacciandosi in modo meno armonico con il mondo esterno in una quotidianità alterata, di tanto o di poco, che conduce ad una qualità della vacanza più scarsa e meno efficiente: la mancata o inesatta prestazione di quanto promesso nel pacchetto turistico determinano in capo al turista non solo un danno patrimoniale per non aver usufruito dei servizi promessi, ma anche la lesione

dell'interesse di godere pienamente della vacanza senza dover sopportare patimenti derivanti dalla mancata realizzazione del programma pattuito.
Il bene vacanza, di pari passo con la crescente rilevanza che è riconosciuta ai momenti di riposo e relax nella moderna società, ha ormai piena cittadinanza nell'ordinamento civile e trova riscontro – come si è visto - nelle numerose sentenze che ne hanno riconosciuto la risarcibilità.
I ritmi di vita del quotidiano lasciano sempre meno spazio al tempo libero, inteso come libertà di fare (qualcosa di diverso del solito) e di non fare (quel che generalmente ci è imposto dalla routine). E' in questa prospettiva che deve leggersi il significato della vacanza, da intendersi come "bene" ulteriore rispetto al complesso dei "servizi" acquistati.
Tutto sommato il trasferimento da qui ad altrove è ben poca cosa se questo "altrove" non è anche nuova situazione di spensieratezza. Ogni deviazione da questo clima è percepito dal turista come una ferita e non si creda esagerata la lamentela per tale delusione quando giunge a maledire la stessa idea di partire. La partenza è frutto di una lunga attesa e della consapevolezza (il più delle volte) di un "*semel in anno*"
Dietro questa aspettativa c'è tutto il valore del tempo e della persona. E proprio all'individuo deve guardare il diritto dei consumi che non sia solo piegato sul componimento degli interessi economici

delle parti in conflitto, ma voglia fondarsi sulla protezione di diritti della persona, che nella scala dei valori, non possono essere né posposti né equiparati ai diritti di natura economica.
Una vacanza resta pur sempre una vacanza, ma aiuta a realizzare la persona. In questa prospettiva non può certo dirsi che un fatto di vacanza rovinata sia cosa da poco!

*****

I. Giudice di Pace di Siracusa, sentenza 26 marzo 1999, Giudice Bracciante

Nel caso di inadempimento del contratto di viaggio da parte dell'organizzatore di viaggio che abbia comportato il mancato godimento delle utilità promesse è risarcibile anche il danno da vacanza rovinata, che costituisce un danno non patrimoniale, assimilabile al danno biologico e va inteso come pregiudizio subito dalla salute dell'individuo, avuto riguardo alla proiezione negativa nel suo futuro esistenziale delle conseguenze dell'evento dannoso

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI SIRACUSA

(*Omissis*)
Nel merito, la domanda, è fondata e va accolta. È ammesso, infatti, dalla società convenuta che l'albergo ove trovano alloggio gli attori non è quello raffigurato, con immagine alquanto accattivante (ampia area con piscina contornata da palmizi, in primo piano) nel dèpliant contenente l'offerta del pacchetto turistico de quo. E' provato documentalmente (riproduzione fotografica in atti recante la dichiarazione sottoscritta dall'albergatore, non contestata) che l'Hotel nel quale vennero in realtà accolti i predetti è invece rappresentato, nel medesimo dèpliant, come un'imponente, quanto amorfo, fabbricato privo di particolari connotazioni esteticamente allettanti.
Venendo ai disagi e alle carenze, gli attori lamentano che durante il soggiorno in detto albergo non trovarono funzionanti i servizi

pubblicizzati dalla convenuta, quali la piscina, il campo da tennis, il telefono, la TV, gli sport acquatici, usufruirono di una ristorazione qualitativamente pessima e rinvennero un'incresciosa situazione antigienica dentro e nei pressi dell'albergo.
La convenuta società si è limitata a controbattere genericamente alle lagnanze attoree, eccependo la mancanza di prova e, solo in ordine alla somministrazione dei pasti, ha precisato che nel pacchetto era previsto il trattamento di mezza pensione.
Tale osservazione è irrilevante, atteso che gli attori hanno recriminato ben altro: non che il trattamento promesso fosse a intera pensione, ma che il menu fisso, data la scadente qualità del cibo, non dava loro alcuna possibilità di scampo se non quella di rifocillarsi altrove.
La convenuta tace, poi - e quindi, secondo i principi informatori del nostro ordinamento, conferma quanto ex adverso asserito - su quanto lamentato dalla controparte relativamente agli inconvenienti igienici riscontrati nell'albergo e nel luogo di soggiorno.
La sussistenza di tali inconvenienti, comunque, è dimostrata documentalmente dalla comunicazione in atti (non sconfessata e quindi con pieno valore probatorio per quanto riguarda la sua provenienza ed il contenuto) con la quale, in data 5 ottobre 1998, la SIVET comunica all'agenzia Akradina di essere dispiaciuta degli inconvenienti igienici, ammettendone così la sussistenza. Ma, a ben vedere, in tale missiva, è dichiarato testualmente dalla SIVET " [...] Riconosciamo

in ogni caso, giuste alcune Vs. lamentele soprattutto riguardo alla pulizia [...] ". Dunque deve ritenersi provato, attesa la natura confessoria dello scritto, che anche la lagnanza sulla carenza, se non di tutti, sicuramente di alcuni servizi è fondata. Tutto ciò premesso, è fuori dubbio che nella fattispecie deve ravvisarsi se non il dolo, non essendo provata l'intenzionalità dei comportamenti, sicuramente la grave negligenza del tour operator sia nella fase precontrattuale che in quella dell'esecuzione della propria prestazione. Ed invero, l'errore tipografico accampato dalla convenuta circa lo scambio di immagini avvenuto sul catalogo, non costituisce esimente alcuna per la società proponente che, una volta assuntane la paternità, aveva l'obbligo di controllarne l'esattezza prima di darvi diffusione. E, ancora, va rilevato che, nel tipo di contratto in esame, confluiscono nel sinallagma finale non soltanto le esplicitazioni scritte dell'offerta, ma anche le immagini poste a corredo di essa e che danno una raffigurazione, sia pure esteriore, ma immediata e di notevole effetto suggestivo, della prestazione promessa. Sul punto, è d'uopo rimarcare che il nostro diritto sancisce il principio, a tutela della buona fede del contraente nei c.d. contratti per adesione, alla cui categoria appartiene quello in esame, che le clausole ad esso sfavorevoli debbano essere poste bene in rilievo ed approvate espressamente dal preponente. Tornando al caso che ci occupa, è avvenuto invece che gli attori, a fronte di un'immagine allettante dell'albergo, di notevole impatto visivo, non sono stati posti sull'avviso dell'esistenza di

eventuali inconvenienti in antitesi con l'immagine predetta con scritte di uguale rilievo, ma con un'espressione in caratteri minuti, nel contesto del commento sull'offerta, di cui non risulta un'espressa accettazione. Analizzando, poi, tale espressione, che è quello riprodotta dalla convenuta nelle proprie difese, non è chi non veda come il riferimento alla necessità di ristrutturazione dell'albergo e all'idoneità di esso per una clientela poco esigente, può fare pensare, al più, a delle camere spartane, a vetustà e fatiscenza dell'immobile, ma non certamente alla mancanza di igiene e di servizi. In definitiva, mentre la prestazione offerta dal tour operator, e accettata dagli attori, si prospettava come un soggiorno in un albergo dall'aspetto ameno, munito dei conforts della piscina etc. sia pure, anche a voler attribuire valenza alla notazione della convenuta sullo stato della struttura, un po' scalcinato quanto alle rifiniture, in effetti essi si trovarono in un ambiente diverso, dalle strutture impersonali, non munito di tutti i servizi promessi e per giunta a dover combattere con problemi igienici interni ed esterni ad esso. II fatto stesso che la SIVET, in comparsa, riferisce di altri clienti che per analoghe lamentele erano stati tacitati transattivamente, avvalora ulteriormente la fondatezza e l'estensione delle carenze per cui è causa. Tutto ciò premesso, non può che affermarsi la piena responsabilità contrattuale della SIVET per inadempimento poiché essa, per grave negligenza (culpa in eligendo e in vigilando), a fronte di una presentazione già ambigua e fuorviante del pacchetto turistico,

non ha eseguito correttamente la propria prestazione laddove non si è adeguatamente adoprata per impedire che i suoi clienti non conseguissero, come è avvenuto, buona parte delle utilità promesse. Sicché la convenuta è tenuta al risarcimento del danno patrimoniale subito dagli attori pari alla differenza fra quanto da essi pagato ed il minore valore della prestazione più scadente in realtà goduta. E poiché manca nel processo la prova specifica di tale seconda entità, il danno patrimoniale subito dagli attori, tenute presenti tutte le circostanze sopra evidenziate e considerati i prezzi correnti, anche alla luce della comune esperienza, può equitativamente stabilirsi in ragione di lire 100.000 cadauno. Ma, nella fattispecie, per giurisprudenza ormai costante, va tenuto in debito conto anche il danno non patrimoniale subito e reclamato dagli attori. È indubbio, infatti che lo scopo perseguito da chi va in vacanza, a parte l'aspetto culturale (minimo nella fattispecie), è preminentemente quello di ottenere uno stacco dallo stress della vita quotidiana (per il quale è quindi condizione indispensabile la realizzazione del programma scelto all'uopo), finalizzato all'allentamento delle tensioni nervose connaturate ormai normalmente all'intensità della vita moderna, con conseguente miglioramento delle potenzialità psico-fisiche e, in ultima analisi, della qualità della vita, per la conseguita capacità di reinserirsi nell'abituale contesto sociale, familiare e lavorativo ed affrontarne gli aspetti negativi in maniera meno drammatica, più distesa. Tale beneficio certamente non è stato conseguito dai partecipanti alla vacanza

organizzata dalla SIVET i quali, estremamente contrariati da tutti gli inconvenienti intervenuti durante il loro sfortunato soggiorno, certamente ripresero le loro normali attività con spirito tutt'altro che ritemprato dallo svago. Le corti di merito hanno definito tale tipo di danno non patrimoniale come danno morale. Ma nel nostro ordinamento giuridico il danno morale è essenzialmente riconnesso al paterna, all'afflittività del trauma sofferto in dipendenza di un fatto che costituisce reato. Secondo l'avviso di questo decidente, invece, il particolare tipo di danno non patrimoniale in esame deve più verosimilmente ricondursi al danno biologico che attiene piuttosto al pregiudizio subito dalla salute, intesa in senso lato, dell'individuo, avuto riguardo alla proiezione negativa nel suo futuro esistenziale delle conseguenze dell'evento dannoso, sotto l'aspetto della limitazione al libero sviluppo della personalità a causa della lesione, subita nella propria integrità biopsichica, con i consequenziali risvolti deteriori anche nella vita di relazione. Ciò premesso, i danni immateriali subiti dagli attori, tenuto conto della loro giovane età, che comporta una maggiore capacità di reagire positivamente alle avversità, possono equitativamente stabilirsi in lire 400.000 cadauno.
(*Omissis*).

*****

II. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 4 ottobre 2002 n. 6823, Tripi E. ed altri (Avv. A. Palmigiano) c. Air Sicilia S.p.A., Giudice Trapani

Il contratto di trasporto deve essere provato per iscritto mediante esibizione del biglietto di passaggio rilasciato dal vettore, che fa prova della conclusione del contratto per il viaggio indicato.

Il vettore aereo di persone è contrattualmente responsabile nei confronti del passeggero per la mancata esecuzione del trasporto, a meno che provi che egli ed i suoi dipendenti e preposti hanno preso tutte le misure necessarie e possibili, secondo la normale diligenza, per evitare il danno, a norma dell'art. 942 cod. nav.; non è di contro sufficiente affermare genericamente che il volo è stato cancellato a causa di "problemi tecnici operativi".

Al passeggero va riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale conseguente al disagio psico-fisico costituito dall'improvvisa partenza e dal mancato godimento del soggiorno, da determinarsi in via equitativa a norma degli artt. 2056, 1223, 1226 c.c..

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI PALERMO

Il Giudice di Pace Dr. Francesco Trapani ha pronunciato la seguente

SENTENZA

definitiva nella causa civile n. 619/01 R.G. degli affari contenziosi civili dell'anno 2001 promossa

DA

Eduardo Tripi – Alba Pia Ferrotti – Ornella Tripi, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Alessandro Palmigiano in Palermo Via R. Wagner, 9, che li rappresenta e difende per mandato in calce all'atto di citazione.

ATTORI

CONTRO

Air Sicilia S.p.A., con sede in Caltagirone (CT) Via G. La Rosa, 31, in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore*

CONVENUTO CONTUMACE

Oggetto: condannatorio.

CONCLUSIONI PER GLI ATTORI

Voglia il Sig. Giudice di Pace

Ogni contraria istanza, eccezione e difesa rejetta.

Ritenere e dichiarare l'Air Sicilia S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore*, responsabile dell'inadempimento del contratto stipulato con gli odierni attori per il trasporto in data 16 luglio 2000 da Palermo a Lampedusa.

Ritenere e dichiarare l'Air Sicilia S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore*, responsabile, a causa del suddetto inadempimento, del mancato godimento, da parte degli attori, del soggiorno a Lampedusa in data 16 luglio 2000.

Conseguentemente condannare l'Air Sicilia S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro-tempore a risarcire la somma di € 232,41 (pari a £. 450.000) a ciascuno degli attori, da liquidarsi in via equitativa e/o ex art. 96 c.p.c., oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla data di notifica dell'atto di citazione.

Tutte le superiori domande si dichiarano comunque comprese nei limiti dell'importo di € 1.032,91 (pari a £. 2.000.000).
Con vittoria di spese, competenze, onorari e rimborso forfettario del presente giudizio.

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 30 gennaio 2001, i Sigg. Eduardo Tripi, Alba Pia Ferrotti e Ornella Tripi convenivano in giudizio davanti a questo Ufficio l'Air Sicilia S.p.A., assumendo di avere acquistato il 10/05/2000, tramite l'Agenzia Gamble Tour di Palermo, biglietti di trasporto aereo per le tratte Palermo/Lampedusa e ritorno rispettivamente per il 16/07/2000 h. 16.25 e per il 22 /07 /2000 h. 10.50 –. In data 15/06/2000, attraverso la medesima agenzia, gli odierni attori prenotavano il soggiorno con trattamento di mezza pensione presso l'Hotel Sirio di Lampedusa per un importo totale di lire 2.673.000 e giornaliero a persona di £. 148.500.
Assumevano gli attori che il giorno della prevista partenza, alle ore 13 circa, telefonando alla sede della predetta Compagnia, venivano a conoscenza che il volo delle 16.25 era stato anticipato alle ore 11.30 della stessa mattina.
Quindi, a seguito di diverse telefonate al centro prenotazioni di Caltagirone della Air Sicilia, i comparenti riuscivano a prenotare tre posti per l'indomani sul volo delle ore 15 circa e iniziavano il soggiorno a Lampedusa con circa 24 ore di ritardo perdendo il corrispettivo di un giorno che l'albergo si è rifiutato di restituire.
Alla richiesta di risarcimento inoltrata alla Air Sicilia il 1/9/2000, questa con nota del 27/9/2000 comunicava di essere stata costretta a cancellare il volo di che trattasi a causa di "problemi tecnico

operativi" e di non essere riuscita a contattare telefonicamente i passeggeri in argomento nonostante i tentativi effettuati il 12-13 luglio per mancata risposta degli stessi. Respingeva comunque la richiesta di rimborso in quanto l'evento in questione rientrava tra quelli di forza maggiore previsti dalle condizioni di trasporto.

Con successiva nota del 5/10/00 veniva richiesto alla Air Sicilia di volere provare documentalmente quanto asserito con particolare riferimento alla dedotta impossibilità tecnica di effettuare il volo in argomento.

Tale seconda richiesta rimaneva priva di riscontro.

Essendo riusciti vani i tentativi di bonario componimento della vertenza, gli odierni attori si vedevano costretti a convenire in giudizio la predetta compagnia aerea per sentire accogliere le conclusioni indicate in epigrafe.

L'Air Sicilia S.p.A., ritualmente citata, non si costituiva e all'udienza del 29/3/2001 veniva dichiarata contumace, mentre la causa veniva istruita documentalmente (copia dei biglietti di viaggio – vaucher emesso dall'Agenzia di Viaggi Gamble Tour per il soggiorno presso l'Hotel Sirio di Lampedusa – copia corrispondenza con la compagnia aerea – dichiarazione della direzione aeroportuale del 10/4/2001 da cui risulta che il 16/7/2000 la predetta società ha effettuato un solo volo Palermo/Lampedusa con partenza effettiva alle ore 11.55).

Quindi la causa, originariamente assegnata al G.d.p. Dr. Gaetano Cassiba, a seguito del decesso di quest'ultimo, veniva rassegnata a questo decidente e, all'udienza del 6/3/2002, sulle sole conclusioni di parte attrice, veniva riservata a sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Passando ad esaminare il merito del fatto dedotto in giudizio, si osserva che esso va inquadrato nel contratto previsto e disciplinato dal codice della navigazione e, in particolare negli artt. 940 e 942 nonché negli artt. 1218 – 1681 e. s. c.c..

Ciò premesso, va rilevato preliminarmente che il contratto di trasporto di persone (art. 940 Cod. Nav.) deve essere provato per iscritto.

Tuttavia il biglietto di passaggio rilasciato dal vettore fa prova della conclusione del contratto per il viaggio indicato nel biglietto stesso.

Nel caso di specie, la prova è stata fornita dai biglietti prodotti in attiva parte attrice, acquistati il 10 maggio 2000 tramite l'Agenzia Gamble Tour di Palermo.

Accertata l'esistenza del contratto, ai sensi dell'art. 942 Cod. Nav., il vettore risponde del danno per il ritardo e per l'inadempimento nell'esecuzione del trasporto a meno che provi di avere preso tutte le misure necessarie e possibili, secondo la normale vigilanza per evitare il danno.

Ciò posto, nel caso di specie la compagnia aerea si è resa inadempiente per non avere assolto all'obbligo contrattuale del trasporto, all'orario e giorno prefissati, dagli odierni attori a Lampedusa, ma, al fine di escludere la propria responsabilità, non ha ottemperato nemmeno all'onere di dimostrare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lei non imputabile (art. 1218 c.c.).

E tale certamente non può considerarsi l'asserzione extragiudiziale secondo cui il volo era stato cancellato a causa di "problemi tecnico operativi" .

Al riguardo, in passato tale motivazione non è stata ritenuta idonea dalla giurisprudenza di merito (sent. 8/3/97 Corte Appello Roma). Da ciò deriva che la responsabilità della compagnia aerea convenuta ha carattere contrattuale: perciò, ai sensi degli artt. 1218 – 1681 c.c., non spetta al passeggero provare la colpa del vettore, ma questa è presunta e incombe, quindi, a quest'ultimo l'onere della prova liberatoria. Anzi, il vettore, nel caso specifico, aveva l'onere di dimostrare di avere adottato tutte le cautele idonee ad evitarle il danno e la semplice asserzione di avere esperito vari tentativi telefonici, risultati vani, per avvertire i passeggeri della cancellazione del volo delle ore 16.25 e della possibilità di utilizzare il volo precedente delle ore 11.40, non ha trovato alcun riscontro probatorio stante che la società convenuta è rimasta contumace e non ha spiegato in conseguenza alcuna difesa. Dall'inadempimento accertato, la predetta società è tenuta a rispondere.
Gli odierni attori hanno quantificato e chiesto il risarcimento del danno patito in £. 450.000 per ognuno, da liquidarsi anche in via equitativa.
Al riguardo, l'unica prova fornita da parte attrice, è costituita dal vaucher n° 1921 rilasciato il 25/06/00 dall'agenzia di viaggi Gamble Tour per un importo di £. 2.673.000 riferite ai tre odierni attori per gg. 6 di soggiorno a mezza pensione. Ne consegue che il mancato soggiorno del 16/7/00 va quantificato in complessive £. 445.000 (2.673.000; 6 gg. x 3 persone).
Per quanto concerne il danno non patrimoniale conseguente al disagio psico-fisico costituito dall'improvvisa mancata partenza e del mancato godimento del soggiorno del 16/7/2000, ritiene questo decidente, in assenza di una prova

sufficiente sul quantum, di commisurare il risarcimento con valutazione equitativa ex artt. 2056, 1223 e 1226 c.c., in una somma pro capite di £. 100.000. Pertanto, l'importo complessivo spettante agli attori ammonta a £. 745.500 (€ 385,02).

Lo stesso va rivalutato secondo gli indici Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati. Tenuto conto del coeff. 1,0334 riferito a gennaio 2001 (data della citazione) rispetto alla data della presente sentenza, il suddetto importo rivalutato è di £. 770.400 (€ 397,89).

Per quanto riguarda gli interessi, va osservato che l'obbligazione de quo non ha natura pecuniaria, sicché non si può ad essa applicare il disposto dell'art. 1282 c.c., ma agli attori compete un indennizzo per il mancato godimento delle utilità che avrebbe potuto loro dare la somma se fosse stata versata tempestivamente, per cui tale danno da ritardo, valutando le circostanze oggettive e soggettive inerenti al pregiudizio subito, può essere quantificato equitativamente nella misura del 25% annuo sull'importo non rivalutato dalla data della domanda giudiziale a quella della presente sentenza. Da quest'ultima data all'effettivo soddisfo, agli attori spettano soltanto gli interessi legali ex art.1282 c.c., trattandosi di obbligazione liquida ed esigibile.

Le spese del giudizio, ai sensi dell'art. 91 c.p.c., seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo, tenuto conto del valore finale della causa.

P.Q.M.

Il Giudice di pace in epigrafe indicato, ogni diversa e contraria istanza, domanda ed eccezione allo stato disattese, definitivamente pronunciando

secondo equità, nella contumacia della convenuta Air Sicilia S.p.A., sulle domande avanzate da Eduardo Tripi, Alba Pia Ferrotti e Ornella Tripi con l'atto di citazione notificato il 30/1/2001, così provvede:

DICHIARA

L'Air Sicilia S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro-tempore:

a) responsabile dell'inadempimento del contratto stipulato con gli odierni attori per il trasporto in data 16/7/2000 di Palermo a Lampedusa;

b) responsabile, a causa del suddetto inadempimento, del mancato godimento da parte degli attori del soggiorno a Lampedusa in data 16/7/2000.

CONDANNA

l'Air Sicilia S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore:*

a) risarcire la somma di euro 397,89 (trecentonovantasette/89) da ripartire pro – quota a ciascuno degli attori, oltre interessi compensativi del 2,5% annuo sull'importo non rivalutato (€ 385,02) dalla data della citazione a quella della presente sentenza, nonché gli interessi legali da quest'ultima data all'effettivo soddisfo;

b) alla rifusione a favore degli odierni attori della somma complessiva di € 307,38 (trecentosette/38) per spese del presente giudizio, da ripartire pro – quota a ciascuno degli attori, di cui € 14,94 per onorario di avvocato, € 124,05 per diritti di procuratore, € 27,94 per spese generali ex art. 15 L.R., oltre IVA e C.P.A. come per legge.

Così deciso in Palermo il 18/09/2002

*****

III. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 11 ottobre 2002 n. 7040, Tusa A. ed altri (Avv. A. Palmigiano) c. Air Sicilia S.p.A., Giudice Pomelli

Il vettore aereo che cancelli la partenza di un volo, risponde dei danni subiti dagli utenti prenotati per il mancato godimento della vacanza e per i disagi sopportati, se non prova che l'impossibilità dell'esecuzione del trasporto è derivata da causa a lui non imputabile.

Oltre a quanto normalmente previsto in materia di responsabilità contrattuale, al passeggero va riconosciuto il risarcimento del danno conseguente al mancato godimento delle ferie e del danno da vacanza rovinata, consistente nel mancato integrale godimento delle vacanze e nei disagi sopportati a causa dell'inadempimento del vettore aereo, da liquidarsi secondo equità.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI PALERMO

Il Giudice di Pace di Palermo, Sezione V Civile, Giuseppe Pomelli, ha pronunziato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 618/01 del Ruolo Generale Affari Contenziosi Civili, promossa

DA

TUSA Alessandro, TRIPI Rosalia, VANNI Emanuele e AQUILA Maria Teresa, elett.te dom.ti in Palermo Via R. Wagner n. 9 presso lo studio dell'Avv. Alessandro Palmigiano che li rappresenta e difende per mandato a margine dell'atto di citazione.

ATTORI

Contro

AIR SICILIA S.p.A. in persona del suo legale rappresentante pro-tempore con sede in Caltagirone (CT) Via G. La Rosa, 21.

CONVENUTA CONTUMACE

avente ad oggetto risarcimento danni da inadempimento contrattuale.

CONCLUSIONI DEGLI ATTORI

Voglia l'On.le Giudice di Pace di Palermo

Ogni contraria istanza, eccezione e difesa rejetta

Nel merito:

Ritenere e dichiarare l'Air Sicilia S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, responsabile dell'inadempimento del contratto stipulato con gli odierni attori per il trasporto in data 16 luglio 2000 da Palermo a Lampedusa.

Ritenere e dichiarare l'Air Sicilia S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, responsabile, a causa del suddetto inadempimento, del mancato godimento, da parte degli attori, del soggiorno a Lampedusa in data 16 luglio 2000.

Conseguentemente condannare l'Air Sicilia S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, a risarcire la somma di £. 600.000 all'Ing. Alessandro Tusa e di £. 450.000 a ciascuno degli attori, da liquidarsi anche in via equitativa e/o ex art. 96 c.p.c., oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla data di notifica del presente atto.

Tutte le superiori domande si dichiarano comunque comprese nei limiti dell'importo di £. 2.000.000.

Con vittorie di spese, competenze, onorari e rimborso forfetario del presente giudizio.

CONCLUSIONI DELLA SOCIETÀ CONVENUTA

Nessuna

MOTIVI DELLA DECISIONE IN FATTO E IN DIRITTO

Premesso, ritenuto e considerato:

- che con atto di citazione regolarmente notificato a mezzo posta il 30/01/2001 Tusa Alessandro, Tripi Rosalia, Vanni Emanuele ed Aquila Maria Teresa convenivano in giudizio davanti questo Ufficio di Giudice di Pace l'AIR Sicilia S.p.A. per sentirla condannare al risarcimento dei danni in favore del primo nella misura di £. 600.000 e in favore degli altri tre nella misura di £. 450.000 ciascuno, oltre interessi, rivalutazione e spese;

- che a sostegno delle domande essi attori esponevano: a) – di avere in data 10 maggio 2000 acquistato tramite l'agenzia Gamble Tour di Palermo quattro biglietti di trasporto aereo con la convenuta compagnia Air Sicilia S.p.A. per la tratta Lampedusa – Palermo e ritorno rispettivamente previsti per il 16 luglio 2000 h. 16.25 e per il 22 luglio h. 10.50; b) – che in data 15 giugno 2000, tramite la medesima agenzia essi attori prenotavano un soggiorno di mezza pensione per £. 165.000 a giorno ed a persona; c) – che il giorno della partenza uno di essi attori e precisamente Vanni Emanuele alle ore 13 chiedeva all'Air Sicilia telefonicamente notizie del volo prenotato e apprendeva che il volo prenotato alle ore 16.25 era stato anticipato alle ore 11.30 della stessa mattina e che era già partito ed arrivato a destinazione; d) – che lo stesso giorno a seguito di ripetute telefonate al centro prenotazioni di Caltagirone dell'Air Sicilia essi attori riuscivano a prenotare quattro posti per l'indomani sul volo delle 15 circa; e) – che giunti a Lampedusa con 24 ore di ritardo, i titolari dell'albergo non hanno ritenuto di dover restituire il prezzo per il giorno di mancato soggiorno non

essendo il mancato soggiorno causato da fatto loro dipendente; f) – che essi attori, risultate vane le richieste di bonario risarcimento rivolte alla Air Sicilia, la hanno convenuta in giudizio per rispondere di inadempimento contrattuale ed ottenere il risarcimento danni nella misura avanti precisata;

- che a conferma di quanto esposto e chiesto gli attori hanno prodotto: 1, 2, 3 e 4) i quattro biglietti di trasporto aereo Air Sicilia per le tratte Palermo – Lampedusa (16/7/2000) e ritorno (22/7/2000); 5 e 6) i vaucher emessi dalla agenzia Viaggi Gamble Tour per il soggiorno presso l'Hotel Sirio di Lampedusa; 7) il certificato delle ferie non godute dall'attore Tusa; 8) la raccomandata 1/9/2000 sollecito risarcimento bonario; 9) la lettera di risposta dell'Air Sicilia 27/9/2000; 10) il fax con il quale gli attori tramite il proprio legale Avv. Palmigiano chiedono all'Air Sicilia di provare documentalmente l'asserita causa di forza maggiore (impossibilità tecnica) che avrebbe impedito l'effettuazione del prenotato volo del giorno 16/7/2000 h. 16.25, cancellato; e 11) la dichiarazione 10/4/2001 della Air Sicilia attestante che il 16/7/2000 la stessa ha effettuato per la tratta Palermo – Lampedusa soltanto un volo con partenza effettiva alle ore 11.55;

CONSIDERATO

- che la Air Sicilia è rimasta contumace e tale va pertanto dichiarata;

- che la responsabilità del vettore aereo e l'onere della prova su di esso gravante, sono regolati, in via generale, dall'art. 1681 c.c. e nello specifico dall'art. 942 del codice della navigazione. Il primo fa salva la responsabilità per il ritardo e per l'inadempimento nell'esecuzione del trasporto; il

secondo prevede che il vettore risponde per il ritardo e per l'inadempimento nell'esecuzione del trasporto (...) a meno che provi che egli e i suoi dipendenti e preposti hanno preso tutte le misure necessarie e possibili, secondo la normale diligenza, per evitare i danni;

- che l'Air Sicilia ha soltanto affermato (vedi lettera 27/9/2000 prodotta dagli attori) ma non provato – come era suo onere – che il volo Palermo – Lampedusa del giorno 16/7/2000 delle ore 16.25, prenotato dagli attori, è stato cancellato per "motivi tecnico operativi", ovverosia per causa di forza maggiore;

- che conseguentemente l'Air Sicilia, che non ha provato che la mancata esecuzione del trasporto con il volo prenotato è evento derivato da causa ad essa Air Sicilia non imputabile, a norma dell'art. 1218 e 1681 c.c., è responsabile dei danni derivati agli attori (cfr in tal senso Corte di Appello Roma in Dir. Consumi 1997, 472 richiamata dagli attori);

- che i danni da vacanza rovinata subiti dagli attori – consistenti precisamente nel mancato integrale godimento delle vacanze e nei disagi sopportato a causa dell'inadempimento -, dai medesimi attori stimati ciascuno in complessive £. 450.000 (chieste quanto a £. 165.000 per soggiorno pagato e non goduto, quanto a £. 75.000 per spese vive affrontate e quanto alla restante parte, appunto a titolo di vacanza rovinata) vanno liquidati nella detta misura che si giudica equa, di £. 450.000 per ciascuno degli attori tranne che per Tusa Alessandro per il quale tale misura va aumentata di £. 150.000 a motivo (equo) che egli in occasione della vacanza ha chiesto le ferie che però non ha goduto integralmente;

- che in conclusione l'Air Sicilia va condannata a risarcire agli attori i danni lamentati nelle misure sopra indicate con gli interessi dalla domanda al soddisfo, ma senza la chiesta rivalutazione del credito perché già coperta dagli interessi accordati;
- che per il principio della soccombenza l'Air Sicilia va inoltre condannata al pagamento delle spese di giudizio che dovrà rifondere agli attori nella misura che si liquida in complessivi euro 750,00 di cui euro 20,00 per esborsi e euro 730,00 per competenze ed onorari; oltre IVA e C.P.A.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace, uditi gli attori e nella contumacia della convenuta società, definitivamente pronunziando, accoglie la domanda degli attori e condanna l'Air Sicilia S.p.A. in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore* a corrispondere a ciascuno di essi e precisamente a Tripi Rosalia, Vanni Emanuele e Aquila Maria Teresa la complessiva somma di £. 450.000 (pari a euro 232,41) ed a Tusa Alessandro la complessiva somma di £. 600.000 (pari a euro 309,87) con gli interessi a far data dalla domanda e fino al soddisfo.

Condanna altresì l'Air Sicilia al pagamento delle spese processuali in favore degli attori nella misura, come in motivazione specificata di euro 750,00 oltre IVA e CPA.

Così deciso in Palermo il 30 maggio 2002

*****

IV. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 22 novembre 2005, Montagnino M. (Avv.ti. F e C. La Cavera) c. Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. (Avv. G. Bongiorno), Giudice Liggio

Nella controversie relative al trasporto aereo internazionale, in virtù dell'art. 28 della Convenzione di Varsavia, come modificata dai successivi protocolli di Montreal, l'azione risarcitoria può essere proposta, a scelta del richiedente, nel territorio di una delle parti contraenti ovvero innanzi al tribunale di domicilio del vettore ove sussiste la sede principale dell'esercizio della sua attività, ovvero del luogo in cui possiede una sede attraverso la quale il contratto è stato concluso o, infine, davanti al tribunale del luogo di destinazione.

Il richiamo che fa la predetta disposizione normativa al Tribunale deve intendersi in senso generico come rinvio all'autorità giudiziaria del paese sottoscrittore con la conseguenza che, individuato lo stato competente ai sensi dell'art. 28, devono essere rispettate le regole in materia di distribuzione della competenza per funzione, materia o valore, all'interno del predetto paese, tra i distinti uffici giudiziari.

Il biglietto rilasciato al momento della consegna del bagaglio costituisce un documento di legittimazione alla restituzione dello stesso, volto ad identificare l'avente diritto alla prestazione in esso menzionata. Esso consente di evitare al debitore-vettore e creditore-passeggero difficoltose indagini in ordine all'individuazione, per il primo, del soggetto legittimato alla riconsegna del bagaglio e, quanto al secondo, in ordine alla prova del diritto a ricevere la prestazione.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI PALERMO

Il Giudice di Pace di Palermo, Quinta Sezione Civile, dott.ssa Daniela Liggio, ha emesso la seguente

SENTENZA

Nella causa iscritta al n°857/'04 del Ruolo Generale degli Affari Civili Contenziosi promossa

DA

Montagnino Marco, residente in Paleremo ed ivi elettivamente domiciliato in via Maggiore Toselli n°12 presso lo studio degli Avv.ti Francesco e Claudio La Cavera che lo rappresentano e difendono congiuntamente, per mandato in calce dell'originale atto di citazione

ATTORE

Contro

Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A., in persona dell'amministratore delegato pro-tempore, Dott. Francesco Mengozzi, elettivamente domiciliata in Palermo, via Emerico Amari n°8, presso lo studio dell'Avv. Girolamo Bongiorno che la rappresenta e difende per mandato a margine alla comparsa di risposta

CONVENUTA

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 22.01.04, il sig. Montagnino Marco come sopra rappresentato conveniva, innanzi al Giudice di Pace di Palermo, la Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A. in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, per ivi sentir dichiarare la responsabilità di quest'ultima per ritardo nella consegna del bagaglio e

conseguentemente condannarla, a titolo risarcitorio al pagamento delle spese affrontate dall'attore, nella misura di euro 1.020,00, o al differente importo che il giudice avesse ritenuto conforme a giustizia o equo liquidare, con vittoria di spese processali.

A tal fine, l'attore esponeva che in occasione del volo Alitalia Palermo – Londra Gatwick AZ 278 del 21.08.03, giunto a destinazione non gli veniva consegnato il bagaglio, per cui provvedeva alla formale denuncia di smarrimento, sottolineando che in data 23.08.03, avrebbe dovuto partecipare al matrimonio della cugina (scopo del viaggio).

Rappresentava, inoltre, di essere stato costretto nell'immediatezza a provvedere agli acquisti necessari per il quotidiano ed in data 23.08.03, non essendo stato riconsegnato il bagaglio, ad acquistare l'abito e l'occorrente per partecipare alla cerimonia.

Fallito il tentativo di bonario componimento della vicenda giusta richiesta di risarcimento inviata all'Alitalia con raccomandata A. R. dell'8.09.03, l'attore rilevava di essere stato costretto ad adire l'autorità giudiziaria e concludeva chiedendo la condanna della convenuta società al risarcimento della somma sopra indicata.

Con comparsa di costituzione e risposta depositata in Cancelleria in data 30.09.04, si costituiva la Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. eccependo in via preliminare, l'incompetenza per materia del Giudice Adito stante che secondo l'art. 28 della Convenzione di Varsavia del 12.11.1929, approvata in Italia con Legge n°81 del 1932, e come modificata dal Protocollo dell'Aja del 28.09.1955 e dai successivi protocolli di Montreal, competente a decidere in merito all'azione di responsabilità

promossa contro il vettore è, a scelta del richiedente, il "Tribunale" del domicilio del vettore, della sede principale del suo servizio, o del luogo in cui egli possiede uno stabilimento, ovvero il "Tribunale" del luogo di destinazione.
Deduceva, poi, l'Alitalia, il difetto di legittimazione attiva del sig. Montagnino Marco, non avendo lo stesso provato di avere imbarcato alcun bagaglio sul volo Palermo - Londra Gatwick Az 278 del 21.08.03, nonché la decadenza dell'attore dall'esercizio dell'azione di responsabilità da farsi valere previo inoltro di contestazione per iscritto entro i termini prescritti dalle Condizioni Generali di Trasporto internazionale, richiamate nel retro dei biglietti aerei Alitalia e rese note attraverso la Carta dei diritti del passeggero, regole che l'attore avrebbe accettato con l'acquisto del biglietto.
Nel merito, sull'asserito ritardo nella consegna del bagaglio eccepiva la sussistenza di limiti al risarcimento dovuto dal vettore aereo per i voli internazionali, stabilito dall'art. XVI delle Condizioni Generali di Trasporto internazionali, nella misura di 17 Diritti Speciali di Prelievo, pari ad euro 14,26283 per chilogrammo di bagaglio registrato, in relazione al danno subito e provato dall'attore ed in ogni caso, la *compensatio lucri cum damno*, in quanto trattandosi di danno dovuto al ritardo nella consegna del bagaglio, il risarcimento andava ridotto in considerazione del fatto che il bagaglio era stato riconsegnato.
Con riferimento ai mezzi istruttori richiesti da parte attrice, deduceva la inammissibilità della prova stante la incapacità a testimoniare dei testi ex art. 246 c.p.c. e concludeva in via preliminare, chiedendo la dichiarazione di incompetenza per materia del Giudice adito e la competenza del

Tribunale di Palermo, il difetto di legittimazione passiva dell'attore e la decadenza dall'esercizio dell'azione di responsabilità, nel merito il rigetto della domanda attrice, ed in via meramente subordinata, la riduzione del quantum risarcitorio considerato il limite massimo stabilito dalle Condizioni Generali di Trasporto Internazionale e considerato il ritrovamento del bagaglio, con vittoria di spese processuali.

Ritualmente istauratosi il contraddittorio, all'udienza del 19.04.04 il procuratore costituito per l'Alitalia S.p.A. chiedeva che la causa andasse in decisione sulle questioni preliminari ed in via subordinata anche nel merito, opponendosi all'ammissione delle prove testimoniali richieste, l'attore replicava a verbale d'udienza, ed il Giudice di Pace, risevandosi di decidere sulle questioni preliminari unitamente al merito della causa, dava termine per l'articolazione di prova diretta e contraria, rinviando all'udienza dell'11.10.04 per l'ammissione dei mezzi istruttori.

In data 23.09.04, l'Alitalia depositava memoria nella quale eccepiva la incapacità a testimoniare dei signori Anello Rosalia e Montagnino Mauro, la prima in quanto titolare del bagaglio imbarcato e di cui l'attore lamenta la ritardata consegna, stante l'interesse che la stessa potrebbe avere alla partecipazione al giudizio, il secondo avendo intentato analogo processo per la perdita del bagaglio e quindi, interessato all'esito del presente.

All'udienza dell'11.10.04, l'attore a mezzo del difensore costituito, replicava asserendo che è uso delle compagnie aeree, in presenza di gruppi di passeggeri, intestare i bagagli di più soggetti ad un componente del gruppo, rilasciando allo stesso la ricevuta, come accadeva nel caso di specie, e ciò

asseverato dal fatto che superando, il peso dei bagagli, il limite massimo consentito per ciascun passeggero dalle Condizioni Generali del Trasporto Aereo, nessun sovrapprezzo veniva applicato.
Il Giudice di Pace, con provvedimento depositato il 25.10.04, ritenuta infondata la eccezione di incapacità a testimoniare dei signori Anello e Montagnino Mauro per le ragioni indicate nel predetto provvedimento e ritenuto, piuttosto che potesse profilarsi un problema di attendibilità, rimesso alla discrezionale valutazione del giudice di merito, ammetteva le prove, rinviando all'udienza del 10.01.05.
Espletata l'attività istruttoria, la causa veniva rinviata per conclusione e discussione all'udienza del 23.05.05, nel corso della quale, ciascuna parte concludeva come da note depositate e l'Alitalia chiedeva di essere rimessa in termini per potere depositare nuovo documento del 19.04.05, attestante l'intervento *ad adiuvandum* della signora Anello Rosalia in analogo giudizio intentato da Montagnino Mauro, l'attore si opponeva al deposito perché tardivo.
Il Giudice di Pace, sciogliendo la riserva, consentiva il predetto deposito in quanto l'intervento, nell'altro giudizio, avveniva effettivamente dopo la chiusura dell'attività istruttoria del presente, e pertanto non poteva essere allegato prima, rinviando al 3.10.05 per conclusioni.
Nel corso della successiva udienza, le parti concludevano riportandosi alle note già depositate all'udienza del 23.05.05.
In particolare l'attore chiedeva il rigetto dell'eccezione relativa all'incompetenza per materia del giudice adito, in ordine al dedotto difetto di legittimazione attiva per non avere provato

l'imbarco dei bagagli e di decadenza dal diritto di esperire l'azione di risarcitoria, rappresentava che al banco accettazione l'Alitalia intestava, per prassi, ad uno dei componenti del gruppo, nella specie la signora Anello Rosalia, tutti i bagagli rilasciando alla stessa la relativa ricevuta, per tale motivo la formale denuncia di smarrimento (P.I.R.) veniva sottoscritta dalla stessa.

In proposito, ribadiva ancora l'attore, che venivano imbarcati quattro bagagli il cui peso superava i 23 Kg consentiti per i passeggeri che viaggiano in classe economica, onde l'Alitalia avrebbe dovuto pretendere la maggiorazione del costo del biglietto, cosa non accaduta in quanto il ticket non subiva il sovrapprezzo che avrebbe dovuto applicarsi se la compagnia avesse ritenuto tutti i bagagli di proprietà dell'Anello.

Relativamente alla decadenza dall'esercizio dall'azione risarcitoria rimandava alla formale denuncia di smarrimento del 21.08.03, cui seguiva la raccomandata inviata l'8.09.03, comprovante la regolarità del reclamo, avvenuta in conformità del regolamento, entro i 21 giorni previsti dall'evento accaduto in data 21.08.03.

Eccepiva, poi, parte attrice che l'Alitalia nessuna prova forniva circa l'esclusione della propria responsabilità in ordine alla ritardata consegna del bagaglio come prescritto dagli artt.1681 e 1693 c.c. e dal Protocollo di Montreal del 1999 ed ancora, in ordine al quantum risarcitorio, l'inapplicabilità della Convenzione di Varsavia che fissava in euro 14,26283 (pari a 17 D.S.P.) per ogni chilogrammo di bagaglio registrato il limite massimo risarcitorio, bensì la nuova Carta dei diritti del passeggero che ha recepito la Convenzione di Montreal fissando la refusione dei danni fino a 1000 DSP, trovando

applicazione in materia di trasporto aereo lo *ius superveniens*.
Concludeva chiedendo dichiararsi la vessatorietà e nullità della clausola delle Condizioni Generali di Contratto Alitalia che limita il debito del vettore nel caso di ritardata consegna del bagaglio e conseguentemente accogliersi la domanda promossa per l'importo richiesto ovvero in una somma da determinarsi secondo equità.
L'Alitalia nelle note conclusive depositate, in via preliminare eccepiva la irretroattività della Convenzione di Montreal del 1999 e la non applicabilità della stessa ai giudizi pendenti prima del 28.06.2004, in virtù del disposto di cui all'art.11 delle Disposizioni sulla Legge in Generale, secondo cui "la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha efficacia retroattiva", per cui doveva ritenersi applicabile la Convenzione di Varsavia del 1929, ribadiva la competenza funzionale e per materia del tribunale in virtù del disposto di cui all'art.28 della citata Convenzione di Varsavia.
Nel rilevare la natura contrattuale dell'azione risarcitoria promossa dal Montagnino che non faceva alcun riferimento ad una presunta responsabilità aquiliana dell'Alitalia e per altro invocava l'applicazione della disciplina di tutela del consumatore, deduceva ancora il difetto di legittimazione attiva processuale e sostanziale dello stesso, essendo stati imbarcati i bagagli dalla signora Anello.
Eccepiva la inutilizzabilità delle prove assunte per incapacità a testimoniare ex art.246 c.p.c. dei testimoni, in considerazione del fatto che ciascuno avrebbe avuto titolo per intervenire nel giudizio intentato dall'altro con intervento principale o

adesivo ed in particolare la signora Anello, intestataria dei bagagli imbarcati che effettivamente ha spiegato intervento adesivo ad adiuvandum nel giudizio promosso da Montagnino Mauro per analoga vicenda e che sarebbe potuta intervenire nel presente, ed ancora la inutilizzabilità della prova assunta con il sig. Mauro Montagnino stante la sussistenza di un interesse di fatto dello stesso in ordine alla risoluzione della controversia.

Deduceva, poi, la decadenza dell'attore dall'esercizio dell'azione risarcitoria in quanto in materia di trasporto aereo la proponibilità dell'azione giudiziaria è condizionata all'immediata contestazione dell'addebito (P.I.R.) ed ad un successivo reclamo scritto da inviarsi entro 21 giorni dal P.I.R. medesimo che veniva inoltrato dal Montagnino Marco piuttosto che dalla Anello, titolare del contratto di trasporto, con conseguente irricevibilità del reclamo, non potendo l'Alitalia valutare la pretesa risarcitoria stante la mancata coincidenza del soggetto che aveva avanzato la richiesta di rimborso con il titolare del contratto di trasporto.

La compagnia aerea convenuta, infine, pur ribadendo che l'attore non aveva provato di avere subito alcun danno, dichiarava che in applicazione dell'art. 22 della Convenzione di Varsavia del 1929, il quantum risarcitorio doveva limitarsi ad euro 14,26283 per chilogrammo di bagaglio registrato nel caso di perdita, mentre nella fattispecie l'attore lamenta il danno per la ritardata consegna, per cui l'ipotetico risarcimento non avrebbe potuto coprire l'intero valore dei beni acquistati in attesa della riconsegna della valigia.

Il vettore concludeva, pertanto, chiedendo il rigetto delle domande spiegate dall'attore con condanna al pagamento delle spese processuali.
Sulle conclusione rassegnate dalle parti, la causa veniva posta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In via preliminare deve essere rigettata l'eccezione sollevata dalla Alitalia Linee Aeree S.p.A., relativa alla incompetenza per materia del Giudice adito ed alla competenza funzionale e per materia del Tribunale di Palermo.
Ed invero l'art. 28 della Convenzione di Varsavia del 1929 così come modificata dal Protocollo dell'Aja del 1955 e dai successivi protocolli di Montreal, prevede che alternativamente l'azione risarcitoria possa essere proposta, a scelta del richiedente, nel territorio di una delle parti contraenti, sia innanzi al Tribunale del domicilio del vettore ove sussiste la sede principale dell'esercizio della sua attività ovvero del luogo in cui possiede una sede attraverso la quale il contratto è stato concluso o, infine, davanti al tribunale del luogo di destinazione.
Il richiamo che fa la predetta disposizione normativa al Tribunale deve intendersi in senso generico come rinvio all'autorità giudiziaria del paese sottoscrittore con la conseguenza che, individuato lo stato competente ai sensi dell'art.28, devono essere rispettate le regole in materia di distribuzione delle competenza per funzione, materia o valore, all'interno del predetto paese, tra i distinti uffici giudiziari.
In tal senso l'orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità secondo cui la previsione di cui al comma 1 della Convenzione di Varsavia del 1929 statuisce un criterio di

collegamento al fine di individuare lo stato aderente alla convenzione ove deve radicarsi la giurisdizione sulle controversie relative al trasporto aereo internazionale, e non come criterio attributivo della competenza interna dello stato aderente medesimo del quale è stata individuata la giurisdizione che, invece, è rimesso alle norme del diritto processuale interno.

Ciò lo si evince dalla lettura dell'intera disposizione normativa avuto riguardo alle intenzioni del legislatore che ha voluto "affidare al criterio del collegamento ad uno dei fori alternativi contemplati dalla norma in oggetto, la individuazione dello stato aderente in cui è giustificato radicare la giurisdizione per tali controversie e di lasciare all'ordinamento giuridico interno la disciplina del processo introdotto innanzi al giudice dello stato aderente"(Cass. Civ., Sez. III, 15.07.05 n°15028).

Pur riguardando la citata pronuncia una questione relativa alla competenza territoriale all'interno del Paese aderente, il principio che si ricava può ben applicarsi alla situazione de qua onde, non sussistendo alcuna competenza funzionale e per materia del Tribunale, e considerato che l'art. 7 c.p.c. stabilisce che il Giudice di Pace è competente per le cause relative a beni mobili di valore inferiore ad euro 2.582,28, quando dalla legge non sono attribuite alla competenza di altro giudice, ritenuta la competenza del giudice adito, va rigettata l'eccezione di incompetenza per materia e funzionale sollevata dalla convenuta Alitalia.

In ordine al difetto di legittimazione attiva dell'attore ed alla dedotta decadenza dall'esercizio della azione risarcitoria valga osservare quanto segue per cui deve premettersi la validità delle

prove testimoniali espletate e la insussistenza delle dedotte cause di nullità delle stesse.
In proposito deve ribadirsi quanto già motivato da questo giudice nel provvedimento depositato in data 25.10.04 e più precisamente che la incapacità testimoniale di cui all'art. 246 c.p.c. riguarda i soggetti aventi nella causa un interesse giuridico, concreto, personale ed attuale che comporta o una legittimazione principale a proporre l'azione ovvero una legittimazione secondaria ad intervenire in un giudizio promosso da altri cointeressati. In particolare, deve ritenersi colpito da detta incapacità chi potrebbe o avrebbe potuto essere chiamato dall' attore, in linea alternativa o solidale, quale soggetto passivo della stessa pretesa fatta valere contro il convenuto originario, nonché il soggetto da cui il convenuto originario potrebbe o avrebbe potuto pretendere di essere garantito (Cass. Civ. n°14963/02).
Ed ancora, si sottolinea, secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, che l'interesse giuridico, personale e concreto che determina la incapacità a testimoniare non si identifica con l'interesse di mero fatto che un testimone può avere a che venga decisa in un certo modo una controversia in cui sia chiamato a deporre, pendente fra altre parti, ma identica a quella vertente tra lo stesso teste ed un altro soggetto, anche se quest'ultimo è già parte del processo in cui è stato chiamato a deporre (Per tutte Cass. Civ. n. 2618/99; n.1887/97; n.32/94).
La ratio della predetta normativa sta nell'esigenza di tutelare il possibile testimone poiché potrebbe trovarsi nell' alternativa o di giurare il falso o di pregiudicare, affermando il vero, un proprio diritto o un interesse di fatto tutelabile in giudizio.

Nel caso di specie, non ricorrono né l' una né l' altra situazione in quanto, con riferimento alla teste Anello Rosalia, deve precisarsi che la stessa è semplicemente la titolare del ticket attestante l' avvenuta consegna del bagaglio e quindi il soggetto avente diritto alla riconsegna ed alla restituzione del bagaglio medesimo, che non avendo avanzato alcuna pretesa risarcitoria nel presente giudizio, nessun vantaggio potrebbe trarre dalle proprie dichiarazioni testimoniali così come nessun pregiudizio potrebbe subire dalle stesse.

Né il deposito della copia della comparsa di intervento ad adiuvandum spiegato dalla Anello all'udienza fissata per le conclusioni, nel diverso giudizio intentato da Montagnino Mauro nei confronti dello stesso vettore aereo, che presenta semplicemente una identità di questioni con il presente e del quale non è mai stata chiesta la riunione, assume rilievo ai fini della presente causa, sia perché riguarda un processo diverso, sia perché l'intervento, per determinare la predetta incapacità a testimoniare, oltre che tempestivo, deve essere fondato e legittimo.

Più specificatamente, l'Alitalia, non può eccepire la sussistenza di un interesse giuridico, concreto e personale della signora Anello Rosalia che ne determina la incapacità a testimoniare, sol perché la stessa avrebbe spiegato intervento adesivo in altro giudizio avente per oggetto identica questione, in quanto qualsiasi soggetto può astrattamente intervenire nel processo istaurato tra altre parti, ma ciò non significa che lo stesso intervento sia legittimo, o meglio, giustificato dalla sussistenza di un reale interesse giuridico a far valere un proprio autonomo diritto nei confronti dell' attore o del convenuto, aderendo alle ragioni di una delle parti

(intervento adesivo autonomo), ovvero a sostenere le ragioni di una delle parti per evitare, nel caso di soccombenza della parte sostenuta, di subire un pregiudizio totale o parziale ad un proprio diritto.
Per i medesimi motivi, non può ritenersi fondata la dedotta incapacità a testimoniare del sig. Montagnino Mauro, rispetto al quale potrebbe ipotizzarsi esclusivamente l'esistenza di un interesse di mero fatto, incidente sull'attendibilità del teste.
D'altra parte neanche la riunione di cause connesse, può far insorgere l'incapacità delle rispettive parti a rendersi reciproca testimonianza, potendo tale situazione incidere solamente sull'attendibilità delle deposizioni rese, che spetta al giudice di merito valutare (Tra le tante Cass. Civ. n. 2618/99; n. 32/94; n. 6932/87 già citate).
Quanto, poi, alla dedotta sussistenza di un interesse di fatto, questo incide sull'attendibilità dei testimoni ascoltati, valutazione rimessa all'esclusivo sindacato del giudice di merito, in seguito all'esame critico ed alla confutazione della deposizione resa dal teste di cui si vuol far valere la inattendibilità.
Posto che nel caso de quo, nessuna osservazione critica sulle dichiarazioni rese dai testimoni è stata sollevata, valutato, in ogni caso, il comportamento tenuto dai signori Anello Rosalia e Montagnino Mauro chiamati a testimoniare nel presente giudizio, la serenità delle deposizioni e la non contraddittorietà delle dichiarazioni medesime, non sussiste alcuna ragione che possa non fare ritenere credibili i testimoni uditi.
Ciò premesso, ritenuta la validità delle prove espletate e l'attendibilità delle dichiarazioni rese dai testimoni, deve ritenersi infondata l'eccezione

relativa al difetto di legittimazione attiva dell'attore ed alla relativa decadenza dall'azione risarcitoria.
Ed invero, il ticket rilasciato al momento della consegna del bagaglio, costituisce un documento di legittimazione alla restituzione dello stesso, volto ad identificare convenzionalmente l'avente diritto alla prestazione in esso menzionata, allo scopo di evitare al debitore-vettore ed al creditore-passeggero, difficoltose indagini in ordine alla individuazione per il primo, del soggetto legittimato alla riconsegna del bagaglio, per il secondo il problema opposto, cioè di dimostrare di avere diritto a ricevere la prestazione.
Il predetto documento, quindi, non incorpora il diritto di proprietà del bagaglio ma semplicemente legittima il portatore alla restituzione dello stesso, tanto più che nel caso di perdita del bollettino, il vettore non può rifiutare la consegna del bagaglio, il cui diritto alla restituzione potrà essere dimostrato diversamente.
Anche dalla lettura dell' art.8 delle condizioni generali del contratto di trasporto aereo internazionale, allegato alla produzione di parte convenuta, secondo cui "titolare della riconsegna del bagaglio registrato è esclusivamente il portatore della ricevuta bagaglio", si evince che il bollettino rilasciato al momento dell'imbarco del bagaglio, ha funzione di documento di legittimazione, non incorporando nello stesso il diritto di proprietà sulle cose consegnate, sicché legittimato ad agire giudizialmente non può che essere l'effettivo proprietario del bene che assume di avere subito un danno nell'esecuzione del contratto.
Lo stesso art. 4.3 lett. e) della Convenzione di Varsavia riconosce al ticket relativo al bagaglio, non un valore costitutivo del diritto alla sua

riconsegna ma ricognitivo della titolarità del diritto stesso nel portatore del bollettino, venendo tale soggetto considerato come lo stesso passeggero che aveva affidato i suoi beni al vettore.
Trattasi di presunzione semplice che può essere vinta da prova contraria, come accaduto nella fattispecie, in cui dalla prova testimoniale espletata è emerso che la sig.ra Anello Rosalia ha provveduto alla consegna di tutti i bagagli e quindi anche quelli del sig. Montagnino Marco, attore nel presente giudizio, ed ancora, che giunti nel luogo di destinazione, allo stesso non fu consegnato il suo bagaglio.
Tra l'altro, in base alla testimonianza resa, allorché fu rilasciato un unico bollettino intestato alla signora Anello, riferisce il teste Montagnino Mauro, che ponendosi il problema relativo al limite massimo del peso del bagaglio che ciascun passeggero poteva trasportare, fu chiesto all'addetta all'imbarco, come mai venisse emesso un unico ticket e la stessa rispondeva che trattavasi di prassi dell'Alitalia nel caso di gruppo di passeggeri.
Ciò detto, appare evidente, la sussistenza della legittimazione ad intraprendere un'azione giudiziaria del passeggero Montagnino Marco per il danno subito in seguito alla ritardata consegna del suo bagaglio, in considerazione sia della funzione di mero documento di legittimazione alla restituzione del bagaglio consegnato, del ticket rilasciato all'imbarco, sia del fatto che la predetta situazione di confusione è stata creata dal medesimo vettore che avrebbe potuto rilasciare, piuttosto che un unico biglietto a chi effettuò la consegna dei bagagli, un documento a ciascun proprietario dei bagagli consegnati.

D'altra parte se così non fosse, si arriverebbe all'assurdo che il reale proprietario del bene consegnato non avrebbe alcuna tutela giuridica se non costringendo il mero consegnatario ad agire giudizialmente.
Anche la eccezione sollevata da parte convenuta in ordine alla decadenza dall'azione processuale è infondata.
Ed invero l'art. XVII delle Condizioni Generali di Trasporto che riproduce l' art. 26 della Convenzione di Varsavia, al comma 2 lettera a) prevede che in tutti i casi di danno al bagaglio registrato, tra cui il ritardo nella consegna, che la contestazione sia fatta per iscritto ed immediatamente all'atto della riconsegna o al momento in cui la riconsegna doveva avvenire, alla lettera b) che il passeggero deve presentare un reclamo scritto entro 21 giorni dalla data della contestazione dell'irregolarità per i casi di smarrimento o ritardo.
Nel caso di specie, la contestazione immediata circa il ritardo nella consegna del bagaglio (c.d. P.I.R., Property Irregularity Report, Rapporto irregolarità Bagaglio) fu regolarmente effettuata dalla sig.ra Anello Rosalia, titolare della ricevuta bagaglio registrato e quindi, legittimata alla riconsegna del bagaglio, mentre il successivo reclamo spedito in data 8.09.03 dall'odierno attore anche in rappresentanza della sig.ra Anello e del fratello Montagnino Mauro.
Sul punto, l'Alitalia rileva la decadenza dall'azione di responsabilità dell'attore stante che anche il reclamo per iscritto da effettuarsi entro 21 giorni dalla data della contestazione immediata andava formulato dallo stesso soggetto legittimato alla restituzione del bagaglio, ciò allo scopo di fissare

un limite temporale entro cui il vettore debba avere conoscenza delle ragioni di contestazione, nonché di verificare la fondatezza della pretesa risarcitoria.
Presupposti indefettibili, quindi, per esperire l'azione di responsabilità nei confronti del vettore aereo, sono la immediata contestazione del fatto lamentato (c.d. P.I.R.) da effettuarsi al momento della scoperta della perdita del bagaglio, della avaria, della mancata consegna, allo scopo di consentire al vettore di attivarsi immediatamente per lo svolgimento delle ricerche necessarie, ed ancora il reclamo scritto da effettuarsi nei termini sopra detti in cui, l'avente diritto, essendo passato un congruo periodo di tempo in cui si presume cristallizzato il fatto lamentato (ad esempio il bagaglio è stato consegnato con ritardo e non è andato definitivamente perduto, come nel caso de quo), specifica l'oggetto della richiesta, il danno lamentato ed avanza la pretesa risarcitoria.
Posto che, dunque, il reclamo scritto costituisce condizione di proponibilità dell'azione risarcitoria avente esclusivamente la funzione di mettere il vettore nelle condizioni di valutare la pretesa risarcitoria previa individuazione delle ragioni di contestazione del richiedente, nessun pregio può avere il fatto che il predetto reclamo sia stato posto in essere da un soggetto diverso dal portatore del ticket attestante la consegna del bagaglio se trattasi del reale titolare dell'azione risarcitoria e se ha consentito al vettore aereo di risalire al Rapporto Irregolarità Bagaglio effettuato nell'immediatezza del fatto.
Nel caso di specie, nella richiesta di risarcimento danni inoltrata per iscritto in data 8.09.03 dal sig. Montagnino Marco, passeggero del volo Palermo-Roma-Gatwick AZ278 del 21.08.03, proprietario di

uno dei bagagli consegnati dalla sig.ra Anello ed il cui ticket veniva rilasciato alla stessa, veniva espressamente specificato, nell'oggetto, il riferimento al "P.I.R. n. LGWAZ14948 del 21.08.03, ore 14.56 GMT", con la conseguenza che essendo stati rispettate le condizioni per l'esperimento dell'azione risarcitoria, mediante la effettuazione del P.I.R. e del reclamo scritto nei termini legali, nessuna decadenza può rilevarsi nei confronti dell'attore che ha posto in essere le attività necessarie a consentire al vettore di verificare la fondatezza delle richieste avanzate dal passeggero.

Ritenuta, quindi, la legittimazione attiva dell'attore, la insussistenza della decadenza dal diritto di esperire l' azione di responsabilità dello stesso, appare fondata la richiesta di risarcimento danni per la ritardata restituzione del bagaglio.

Sul punto giova evidenziare che l'art. 1681 c.c. stabilisce una tutela particolarmente rigorosa circa la responsabilità del vettore che risponde dei danni verificatisi alla persona del viaggiatore durante il viaggio e della perdita o dell'avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé, se non prova di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno.

Lo stesso dicasi in materia di trasporto di cose ove a norma dell'art.1693 c.c., il vettore risponde della perdita o dell'avaria delle cose consegnate per il trasporto, dal momento in cui le riceve sino a quello in cui le riconsegna al destinatario, se non prova che la perdita o l'avaria è derivata da caso fortuito, dalla natura e dai vizi delle cose stesse, dal loro imballaggio o dal fatto del mittente o da quello del destinatario.

Il legislatore ha, dunque, previsto una tutela particolarmente rigorosa in favore dell' utente del servizio, parte debole del contratto di trasporto,

invertendo l'onere probatorio, per cui se è sufficiente per il consumatore dimostrare l'evento dannoso, incombe sul vettore-imprenditore provare che il danno lamentato non sia addebitabile neanche a titolo di colpa alla condotta tenuta nell'adempimento della prestazione.

Dall' attività istruttoria espletata è emerso che il Montagnino Marco aveva imbarcato il proprio bagaglio (la teste Anello riferisce "ho consegnato io tutti i bagagli ed ho chiesto alla hostess come mai lo scontrino del bagaglio fosse a me intestato"), che giunto a Londra non gli veniva riconsegnato e che, quindi, era stato costretto ad acquistare gli indumenti necessari per la permanenza (un paio di pantaloni, una camicia, la biancheria intima necessaria come riferisce la Teste Anello), oltre all'abito per prendere parte al matrimonio della cugina.

Tra l'altro il teste Montagnino Mauro, oltre a confermare le superiori circostanze, chiariva che i bagagli venivano restituiti dopo tre giorni dall'arrivo e comunque successivamente allo svolgimento del matrimonio che, in base agli atti di causa aveva luogo in data 23.08.03, due giorni dopo rispetto all'arrivo a Londra dell'attore.

Considerato che, quindi, è stato provato l'evento dannoso e più precisamente la ritardata consegna del bagaglio, nonché l'avvenuto acquisto degli indumenti necessari per la permanenza a Londra e per la partecipazione al matrimonio, mentre nulla è stato dimostrato dall'Alitalia circa l'assenza di una propria responsabilità nella inesatta esecuzione della prestazione predetta, deve ritenersi fondata la richiesta di risarcimento danni avanzata dall'attore.

Con riferimento al quantum debeatur occorre sottolineare che l'art. XVI, comma 2 lettera d) delle

Condizioni Generali di Trasporto Internazionale, prevede una limitazione della responsabilità del vettore, "per danni al bagaglio registrato", nella misura di 17 (diciassette) diritti speciali di prelievo per ogni chilogrammo di peso.

Appare, dunque, evidente che la predetta limitazione di responsabilità del vettore sia circoscritta esclusivamente all'ipotesi del danno al bagaglio, intendendosi per tale, un danno derivante dalla manomissione dello stesso, dalla distruzione che non può considerarsi fattispecie analoga a quella derivante dalla ritardata restituzione, situazione lamentata nel processo de quo.

Nel rilevare, quindi, che devono ritenersi assorbite le questioni relative al diritto applicabile e più precisamente se la nuova Carta dei diritti del passeggero che ha recepito la Convenzione di Montreal fissando la refusione dei danni fino a 1000 DSP come sostenuto dall'attore, ovvero la Convenzione di Varsavia del 1929, stante la irretroattività della Convenzione di Montreal del 1999 e la non applicabilità della stessa ai giudizi pendenti prima del 28.06.2004, in virtù del disposto di cui all'art.11 delle Disposizioni sulla Legge in Generale, secondo cui "la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha efficacia retroattiva", come eccepito dall'Alitalia, ciò detto ed esaminate la prova testimoniale, nel corso delle quale entrambi i testimoni dichiaravano che l'attore era stato costretto ad acquistare un paio di pantaloni, una camicia, la biancheria intima necessaria e l'abito da cerimonia, e confermavano, altresì, la circostanza che aveva affrontato una spesa complessiva di 685 sterline pari ad euro 1.020,00, esaminati gli scontrini prodotti, deve applicarsi, alla fattispecie de qua, il principio della

compensatio lucri cum damno, secondo cui, nella determinazione del danno risarcibile, occorre tenere conto degli effetti vantaggiosi derivati al danneggiato dall'evento dannoso medesimo.
Con la conseguenza che, essendo stata riconsegnata all'attore, seppure con ritardo, la valigia imbarcata contenente i suoi vestiti, ed essendo rimasto, altresì, in possesso dei nuovi indumenti acquistati, onde evitare una ingiusta locupletazione del danno, liquida la somma di euro 600,00 che appare equa, anche tenuto conto del fatto che l'attore non avrebbe acquistato un altro abito da cerimonia se gli fosse stato recapitato in tempo il bagaglio e condanna l'Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. al risarcimento in favore del sig. Montagnino Marco della predetta somma.
Anche la richiesta di liquidazione delle spese processuali in favore dell'attore va accolta, precisandosi, che a norma dell' art. 6 delle Tariffe Forensi attualmente in vigore, nella liquidazione degli onorari a carico del soccombente, il valore della causa nei giudizi per il pagamento di somme o di liquidazione dei danni, deve essere determinato con riguardo alla somma riconosciuta alla parte vincitrice, piuttosto che a quella domandata, per cui condanna la società convenuta al pagamento delle spese processuali che liquida nella misura complessiva di euro 454,6 di cui euro 170,00 per onorari, euro 268,00 per competenze, euro 16,6 per spese, oltre spese generali, IVA e CPA come per legge.

P.Q.M.

Il Giudice, sentiti i procuratori delle parti, in accoglimento della domanda attrice, così provvede :
-in via preliminare rigetta la eccezione di incompetenza per materia e funzionale del Giudice

di Pace sollevata dall'Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. in favore della competenza del Tribunale e per l'effetto dichiara la competenza dell'autorità giudiziaria adita;

- sempre in via preliminare, rigetta le eccezioni relative al difetto di legittimazione attiva e di decadenza dell' attore ad esperire l'azione di responsabilità nei confronti della società convenuta.

- nel merito, dichiara la responsabilità dell'Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. per il lamentato ritardo nella consegna del bagaglio e per l' effetto condanna la predetta società al pagamento della somma, liquidata in via equitativa, di euro 600,00 al sig. Montagnino Marco;

- condanna, altresì, la società convenuta alla refusione in favore dell'attore delle spese processuali che liquida in complessivi euro 454,6, ripartite come in motivazione, oltre IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Palermo il 22.11.05

*****

V. Giudice di Pace di Caltanissetta, sentenza 29 giugno 2006, Scarlata A. ed altro (Avv. L. Cascino) c. Alpitour S.p.A. (Avv. M. Dell'Utri) e Air Europe, Giudice Pilato

Nelle controversie tra consumatore e professionista trova applicazione l'art. 1469 bis, comma secondo, n.19, c.c., che individua come foro competente quello di residenza del consumatore.

Sono diversi i profili di responsabilità del tour operator e dell'agenzia: il tour operator è responsabile dell'inadempimento degli obblighi relativi all'organizzazione del viaggio che

assume direttamente nei confronti del consumatore. Di conseguenza, spetta al tour operator l'obbligo di risarcire i danni eventualmente subiti dal cliente a causa dei suoi inadempimenti e dei suoi errori nell'erogazione delle prestazioni contrattualmente convenute. Per l'agenzia di viaggi, si possono individuare due profili di responsabilità, a seconda che organizzi viaggi e soggiorni autonomamente, ovvero agisca come intermediario tra il consumatore ed il tour operator.

Nel primo caso, essa è direttamente responsabile nei confronti del cliente per tutti gli inadempimenti, i danni ed i disservizi relativi alla vacanza in quanto, operando come organizzatore del viaggio, sorgono a suo carico gli stessi profili di responsabilità del tour operator; nel secondo caso, essa è responsabile nei confronti del consumatore solo in relazione all'attività di intermediazione svolta.

Il tour operator è responsabile nei confronti dei consumatori per gli inadempimenti imputabili al vettore aereo, quale terzo prestatore di servizi di cui si è avvalso per l'esecuzione del trasporto compreso nel pacchetto turistico. Ai sensi dell'art. 13 della L. 27.12.1977 n. 1084, infatti, " l'organizzatore di viaggi risponde di qualunque pregiudizio causato al viaggiatore a motivo dell'inadempimento totale o parziale dei suoi obblighi di organizzazione" e tra tali obblighi rientra quello di predisporre quelle misure di assistenza idonee ad alleviare i disagi subiti dai propri clienti al verificarsi di notevoli ritardi nei voli.

E' obbligo del tour operator risarcire i consumatori delle spese per l'albergo e per

l'acquisto di nuovi biglietti, causate dal ritardo del volo operato dal vettore aereo.
Spetta altresì agli attori il risarcimento del danno non patrimoniale tradizionalmente definito quale danno "da vacanza rovinata", che consiste nel disagio e nella afflizione subiti dal turista-viaggiatore per non aver potuto godere pienamente della vacanza come occasione di svago e di riposo conforme alle proprie aspettative (ex plurimis Trib. Milano 9.2.2004 n. 4217), vedendo così definitivamente compromesse la possibilità di realizzare un progetto teso al miglioramento delle potenzialità psico-fisiche, attraverso l'allentamento delle tensioni nervose connaturate all'intensità della vita moderna, ed al miglioramento delle complessive condizioni di vita.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI CALTANISSETTA

il dott. Giovanni Pilato ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al numero 297/04 del ruolo generale aff. civ., e avente l'oggetto: risarcimento danni da vacanza rovinata, discussa e passata in decisione all'udienza del 03 ottobre 2005; promossa da: Scarlata Alberto e Panepinto Maria Annia, entrambi domiciliati in Caltanissetta viale della Regione 97, presso lo studio dell'Avv. Luigi Cascino che li rappresenta e difende, giusta procura a margine dell'atto di citazione;

ATTORI

Contro: ALPITOUR S.p.A. (già Francorosso S.p.A.), corrente in Cuneo, in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, società incorporante, per fusione, della Francorosso International S.p.A., elettivamente domiciliata a Caltanissetta. in Corso Vittorio Emanuele n. 126, presso lo Studio dell'Avv. Massimo Dell'Utri, che la rappresenta e difende per mandato in calce alla copia notificata dell'atto di citazione:

CONVENUTA

Nonché contro: AIR EUROPE S.p.A., corrente in Gallarate (MI), via Carlo Noè n.3 in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, regolarmente citata e non comparsa;

TERZO CHIAMATO IN CAUSA CONTUMACE

All'udienza del 03 ottobre 2005 le parti costituite precisavano le conclusioni definitive, riportandosi a quelle contenute in seno agli atti introduttivi del giudizio, e a quelle formulate nelle comparse conclusionali.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato a mezzo del servizio postale in data 23.02.2004, gli attori Scarlata Alberto e Panepinto Maria Antonia, come sopra rappresentati e difesi, convenivano in giudizio la Francorosso S.p.A., dinanzi al Giudice di Pace di Caltanissetta, chiedendo la condanna della società convenuta al risarcimento della somma di € 743,50 ciascuno per l'inadempimento parziale del contratto stipulato dagli attori relativo al pacchetto turistico organizzato dalla convenuta società inerente il viaggio e permanenza a Varadero (Cuba) dal 04.01.2004 al 12.01.2004, con partenza da Milano Malpensa e ritorno a Catania.

Gli attori chiedevano, in particolare, alla Francorosso S.p.A. il risarcimento delle spese di alloggio in albergo nella notte tra il 12 ed il 13 gennaio 2004, e del costo di due biglietti aerei Milano Malpensa/Catania del 13.01.2004 ed il danno morale ed esistenziale (il tutto complessivamente stimato in € 743,50 ciascuno, dovuto al ritardo di circa otto ore del volo di ritorno Varadero (Cuba)/Milano Malpensa che aveva causato agli attori lo slittamento di un giorno della data di rientro, poiché al loro arrivo a Malpensa alle ore 23.30 non vi era più alcun volo per Catania (aeroporto finale di destinazione).

Tale risarcimento veniva richiesto dagli attori, perché la Francorosso S.p.A. non aveva comunicato loro in alcun modo né la sussistenza né l'entità del ritardo del volo di ritorno e non aveva approntato alcun rimedio ed assistenza all'aeroporto di Milano Malpensa per evitare o almeno limitare i disagi sofferti dai loro clienti a causa del consistente ritardo dell'arrivo del loro aereo.

All'udienza di prima comparizione del 17.04.2004 si costituiva in giudizio l'Alpitour S.P.A., quale società incorporante la convenuta Francorosso S.p.A., ut supra rappresentata e difesa, che, preliminarmente, eccepiva l'incompetenza per territorio dell'adito Giudice di Pace di Caltanissetta a statuire sulle domande attrici, avendo la convenuta sede legale a Cuneo. In subordine, nel merito delle domande attrici, rilevava l'infondatezza delle stesse, essendo stato il ritardo dell'aereo

regolarmente comunicato agli attori. Ma comunque tale ritardo è stato in ogni caso determinato dal ritardo accumulato dall'aereo durante la rotazione precedente, del quale doveva rispondere la compagnia aerea. Chiedeva pertanto, di essere autorizzata alla citazione in giudizio della Air Europe S.p.A. (società proprietaria dell'aeromobile che aveva trasportato gli attori nel viaggio di ritorno Cuba - Milano), al fine di tenerla indenne da tutte le domande proposte nei suoi confronti. In ulteriore subordine, senza recesso alcuno, contestava i danni, per di più nell'entità, così come lamentati in citazione.

La società Air Europe S.p.A., chiamata in giudizio dalla Alpitour, non si costituiva, per la qual ragione, verificata la regolarità della notifica della citazione se ne dichiarava la contumacia.

Pertanto, esperito, con esito negativo, il tentativo di conciliazione, la causa veniva rinviata per la trattazione; poi, la stessa veniva istruita mediante l'acquisizione dei mezzi di prova indicati da parte attrice e da parte convenuta, e precisamente con l'interrogatorio formale (non reso) del legale rappresentante dell' Air Europe S.p.A., con l'interrogatorio formale degli attori Scarlata Alberto e Panepinto Maria Antonia e con la prova testimoniale della sig.ra Rizza Fabiola, direttrice dell'Alavitours s.r.l. (agenzia che aveva venduto il pacchetto di viaggio agli attori). Cosicché la causa veniva rinviata per la precisazione delle conclusioni, ed all'udienza del 3.10.2005 essendo matura per la decisione veniva assegnata a sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In via preliminare va rigettata la sollevata eccezione di incompetenza territoriale del giudice adito in favore del Giudice di Pace di Cuneo, sollevata dalla convenuta Alpitour S.p.A., poiché è applicabile nel caso di specie l'art. 1469 bis comma 19 c.p.c., che individua come foro competente quello della sede del consumatore. Tale indirizzo, come più volte seguito dalla Suprema Corte che si è anche pronunciata a Sezioni Unite nella sentenza n. 14669 dell' 1.10.2003 nella quale: "nelle controversie tra consumatore e professionista, è stabilita la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo della sede o del domicilio elettivo del consumatore, presumendo vessatoria la clausola che individui come sede del foro competente una diversa località".

E pertanto, nella fattispecie va affermata la competenza territoriale di questo giudicante essendo gli attori, acquirenti del pacchetto di servizi turistici dalla convenuta società, entrambi residenti in Caltanissetta ed elettivamente domiciliati nella stessa città.

Ma, tale sollevata eccezione di incompetenza territoriale, non può trovare accoglimento nemmeno sotto altro aspetto, atteso che la stessa non è stata compiutamente articolata con riferimento ai fori alternativi concorrenti ex art. 20 c.p.c., dove in riferimento a diritti di obbligazione si individua la competenza anche del giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione. Ora, poichè dalla esposizione dei fatti così come esposti in citazione, confermati anche dalla teste Rizza Fabiola, Direttrice dell'Agenzia Alavitours s.r.l. è emerso che il pacchetto turistico inerente il viaggio a Cuba organizzato dalla Francorosso

S.p.A. è stato acquistato dagli attori presso il venditore agenzia di viaggi Alavitours ubicata in Caltanissetta, ne discende altresì la competenza territoriale di questo giudice ed il conseguente rigetto dell'eccezione proposta.

Nel merito la domanda spiegata in giudizio dagli attori è fondata e meritevole di accoglimento per quanto di ragione.

Il caso de *quo vertitur*, rientra nella disciplina relativa ai cd. Contratti di viaggio che trova le sue fonti normative nella Convenzione sul contratto di viaggio (da ora in poi CCV), firmata a Bruxelles nel 1970 e recepita nel nostro ordinamento con la L. n. 1084 del 27.12.1977, nonché del decreto legislativo n. 111 del 17.3.1995 emanato in attuazione della direttiva n. 90/314/CEE, concernenti i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso".

La convenuta ha, infatti, assunto la qualità di organizzatore del viaggio o tour operator attraverso la realizzazione di pacchetti turistici comprensivi di trasporto, alloggio e altri servizi venduti a prezzo forfettario (art. 5 CCV e art. 3 d. Lgs. 111/95), mentre gli attori quella di viaggiatori-consumatori destinati a fruire del pacchetto turistico (art. 7 CCV e art. 5 D. Lgs. 111/95).

Preliminarmente occorre delineare le responsabilità nella causazione dei disagi patiti dagli odierni attori ed individuare l'ambito di operatività tra il tour operator, che è colui che organizza viaggi, soggiorni e pacchetti turistici, che poi può vendere direttamente ai clienti o attraverso di intermediari (come le agenzie di viaggi), e l'agenzia di viaggi, che svolge un'attività di intermediazione e di vendita di servizi già predisposti da altri (come i tour operators).

I profili di responsabilità del tour operator e dell'agenzia sono diversi: il tour operator è responsabile dell'inadempimento degli obblighi relativi all'organizzazione del viaggio che assume direttamente nei confronti del consumatore. In conseguenza spetta al tour operator l'obbligo di risarcire i danni eventualmente subiti dal cliente a causa dei suoi inadempimenti e dei suoi errori nell'erogazione delle prestazioni contrattualmente convenute.

Mentre per l'agenzia di viaggi si possono individuare due profili di responsabilità. Se organizza viaggi e soggiorni e non per conto di tour operator, è direttamente responsabile di inadempimenti, danni e disservizi nei confronti del cliente.

Ma in questo caso opera come organizzatore del viaggio, pertanto i profili di responsabilità saranno gli stessi di quanto visto per il tour operator, e tale aspetto non rientra nel caso che ci occupa.

Oppure, l'agenzia di viaggi svolge, come nel caso in esame, semplicemente il ruolo di intermediario tra il consumatore ed il tour operator, e sarà responsabile nei confronti del consumatore solo in relazione allo svolgimento della sua attività.

E pertanto, nella fattispecie *de quo*, va individuata la responsabilità del tour operator Francorosso S.p.A. organizzatore, ai sensi dell'art. 3 del D. Lgs. 111/95, del pacchetto turistico inerente il viaggio a Cuba, dei danni subiti dagli odierni attori.

Non può condividersi l'assunto sostenuto da parte convenuta, che il responsabile era semmai da individuare nella compagnia aerea, Air Europe, proprietaria dell'aereo, che ha

provocato il ritardo conseguenza dei disagi causati ai sigg.ri Scarlata - Panepinto, poiché nella fattispecie de quo è applicabile l'art. 13 della L. 27.12.1977 n.1084, (definita CCV), secondo cui "l'organizzatore di viaggi risponde di qualunque pregiudizio causato al viaggiatore a motivo dell'inadempimento totale o parziale dei suoi obblighi di organizzazione", e tra tali obblighi vi sono certamente quelli di predisporre quelle misure di assistenza idonee ad alleviare i disagi subiti dai propri clienti al verificarsi di notevoli ritardi nei voli. Quanto sostenuto dagli attori ha trovato pieno riscontro nelle risultanze dell'attività istruttoria espletata e nella documentazione versata in atti, in particolare con riferimento al tipo e all'entità dei danni patrimoniali subiti a causa del ritardo nell'orario di arrivo all'aeroporto di Milano Malpensa il 12.01 2004 alle ore 23.30. anziché alle ore 1 5.15, come previsto.

Ed invero dall'interrogatorio formale reso dagli attori Scarlata Alberto e Panepinto Maria Antonia, oltre che dalla documentazione versata in atti, è emerso che, il ritardo di quasi otto ore del volo di ritorno Varadero-Milano Malpensa non è stato comunicato per tempo dal tour operator Francorosso ai viaggiatori, ma cosa più grave, che una volta giunti alle ore 23.30 all'aeroporto di Milano Malpensa, i viaggiatori non hanno trovato alcun rappresentante della Francorosso per prestare la dovuta assistenza per i considerevoli disagi arrecati, vista l'ora tarda, per la sistemazione in albergo.

Infatti, la Francorosso nonostante l'ampia previsione del ritardo, non solo, non faceva trovare alcun suo rappresentante all'aeroporto di Milano Malpensa alle ore 23,30, ora di arrivo dei passeggeri provenienti da Varadero, ma non si preoccupava di curare il loro pernottamento a Milano e non si attivava per riproteggerli il giorno dopo per i voli, verso le località di destinazione finale, già prenotati dai clienti e compresi nel pacchetto turistico da loro acquistato.

In particolare, i sigg.ri Scarlata e Panepinto, avendo perso l'ultimo aereo per Catania (già prenotato e pagato), hanno dovuto cercare un albergo vicino all'aeroporto, con una spesa complessiva di € 121,00 ed hanno dovuto riacquistare il giorno dopo a proprie spese nuovi biglietti per Catania per il volo di partenza alle ore 9.00 con arrivo a Catania alle ore 10.45, sostenendo una spesa di 466,00 (€ 233,00 a persona). Ora tali spese per l'albergo e per l'acquisto di nuovi biglietti, non può che gravare sull'organizzatore del viaggio Francorosso S.p.A. che anzi avrebbe dovuto già per tempo provvedere essa stessa non solo all'esborso dei costi come sostenuto e documentata dagli odierni attori, ma anche a provvedere a sistemare essa stessa e con propria organizzazione i viaggiatori, e così almeno alleviare ai propri clienti dei notevoli disagi subiti. A nulla rilevando, come sostenuto da parte convenuta, che la responsabilità era unicamente del vettore aereo e lamentandosi dell'eccessività dei costi sostenuti dagli

attori “alla luce dei prezzi di mercato”. Perché, ai sensi dell'art. 14 del D. Lgs. 111/95, "l'organizzatore di viaggi che fa effettuare da terzi servizi di trasporto, di alloggio o di qualsiasi altro tipo, relativi all'esecuzione del viaggio o del soggiorno, risponde di qualsiasi pregiudizio causato al viaggiatore, a motivo dell’ inadempimento totale o parziale di questi servizi, conformemente alle disposizioni che li regolano".

Tale palesandosi lo svolgimento degli accadimenti, risulta evidente la responsabilità del convenuto organizzatore del viaggio Francorosso S.p.A. ai sensi dell'art. 14 del D.Lgs. 111/95.

Orbene, nel caso di specie risulta innegabile la responsabilità della convenuta società per il danno sofferto dagli attori in conseguenza dell'inadempimento della compagnia di volo Air Europe di cui la medesima Francorosso S.p.A., risulta essersi avvalsa per l'esecuzione della prestazione di trasporto compresa nel "pacchetto viaggio".

Mentre, a tutto voler concedere, nessuna prova è stata offerta dalla convenuta Francorosso S.p.A. in ordine alla circostanza di aver apprestato con sollecitudine ogni rimedio utile al soccorso del consumatore al fine di consentirgli una più agevole sistemazione in un alloggio e la conseguente partenza il giorno successivo per la destinazione finale (Catania).

In virtù di tutte le considerazioni che precedono, il convenuto organizzatore va condannato in primo al risarcimento del danno patrimoniale subito dagli attori consistente senza dubbio nell'esborso delle

spese di albergo in ragione di € 60, 50 per ciascuno, ed € 233,00 per il volo di ritorno Milano Malpensa/Catania, per ciascuno, così come provato con fatture agli atti prodotte. Spetta altresì agli attori il risarcimento del danno non patrimoniale tradizionalmente definito quale danno "da vacanza rovinata", che consiste nel disagio e dalla afflizione subiti dal turista-viaggiatore per non aver potuto godere pienamente della vacanza come occasione di svago e di riposo conforme alle proprie aspettative (*ex plurimis* Trib. Milano 9.2.2004 n. 4217), vedendo così definitivamente compromesse la possibilità di realizzare un progetto teso al miglioramento delle potenzialità psico-fisiche, attraverso l'allentamento delle tensioni nervose connaturate all'intensità della vita moderna, ed al miglioramento delle complessive condizioni di vita.

Infatti, tra i danni risarcibili ex d. lgs. 111/95, che, come detto, ha dato attuazione nell'ordinamento italiano alla Direttiva 90/314/CEE, rientra senz'altro il danno da vacanza rovinata. In particolare la giurisprudenza è concorde nel ritenere che "nel caso in cui il viaggiatore non riesca a fruire, in tutto o in parte della vacanza, per inadempimento del tour operator, quest'ultimo è tenuto, oltre alla refusione delle spese sostenute dal viaggiatore, anche al risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata, il quale costituisce una ipotesi di danno morale da inadempimento, risarcibile alla luce del diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di Giustizia CEE con sentenza 12.3.2002 n. 168/00".

Pertanto non può negarsi che, la disciplina vigente, europea e nazionale, in materia consideri tra i danni subiti dal viaggiatore per effetto dell'inadempimento anche i danni non patrimoniali alla cui categoria appartiene il danno esistenziale, ciò anche in considerazione che tale tipo di danno è già, da tempo, apertamente riconosciuta in ambito europeo.

Le ingiuste lesioni patite, alle quali sono conseguiti pregiudizi non suscettibili di valutazione economica, attengono ad interessi di rango costituzionale inerenti alla persona che nel caso in oggetto hanno riguardato l'aspettativa dell'attività di svago, di distensione e di divertimento, in cui consistono i viaggi-vacanza. che rientrano nella tutela costituzionale di cui agli artt. 2 - 36 u.c., oltre che, per implicito, nell'art. 32 della Costituzione (cfr. Trib. Reggio Emilia n. 210/05).

Ed invero, il danno non patrimoniale conseguente all'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona costituzionalmente garantito, non è soggetto ai fini della risarcibilità, al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 c.c. e non presuppone, pertanto, la qualifica del fatto illecito come reato, giacchè il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, anche alle previsioni della Costituzione, dove si consideri che il riconoscimento da parte del legislatore costituente dei diritti inviolabili della persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela ed in tal modo configura senza dubbio un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale (Cass. 8827/2003).

Tale danno è sicuramente suscettibile di valutazione equitativa.
Orbene, in considerazione di tutte le circostanze del caso concreto, quali i disagi sicuramente subiti dagli attori a causa del ritardo di circa otto ore del volo di ritorno Varadero - Milano Malpensa, ed in particolare la mancata assistenza per evitare o almeno limitare i disagi, che ha procurato un notevole stress per la effettuazione delle ricerche per trovare un albergo all'arrivo a Milano Malpensa in piena notte, ed inoltre il notevole disagio subito dagli attori, che a causa del ritardo di un giorno nel rientro al lavoro, hanno dovuto prendere un giorno in più di ferie non previste, come documentato agli atti di causa; ritiene questo Giudice che il danno de quo ben può essere congruamente determinato in via equitativa, per ciascuno degli odierni attori in € 400,00, all'attualità, oltre gli interessi nella misura legale dalla domanda al soddisfo.
La società convenuta va, pertanto, condannata al risarcimento dei danni sofferti dagli attori nella complessiva misura di € 1.387,00 (€ 121,00 spese albergo + € 466,00 spese volo Milano Malpensa/Catania + € 400,00 per ciascuno, a titolo di ristoro del danno da "vacanza parzialmente rovinata" per i disagi sopportati). In ordine alla regolamentazione delle spese, tra gli attori e la Francorosso S.p.A., e per essa l'Alpitour S.p.A. società incorporante, seguono la soccombenza e si liquidano, equitativamente, tenuto conto dell'attività svolta e del valore della causa attribuito con sentenza, come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da Scarlata Alberto e Panepinto Maria Antonia nei confronti della Francorosso S.p.A., e per essa L'Alpitour S.p.A., società incorporante, in persona del legale rappresentante pro tempore, nonché sulla domanda di garanzia spiegata da quest'ultima nei confronti della Air Europe S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, così provvede:

- accoglie la domanda spiegata in giudizio da Scarlata Alberto e Panepinto Maria Antonia e per l'effetto condanna la Francorosso S.p.A., e per essa l'Alpitour S.p.A., società incorporante, in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento in loro favore della complessiva somma di € 1.386,00, oltre gli interessi legali dalla domanda al soddisfo;
- rigetta la domanda di garanzia spiegata in giudizio dalla originaria convenuta nei confronti della Air Europe S.p.A;
- condanna la Francorosso S.p.A., e per essa L'Alpitour S.p.A., società incorporante, in persona del legale rappresentante *pro tempore,* al pagamento in favore degli attori delle spese, diritti ed onorari del presente giudizio che si liquidano equitativamente in complessivi € 1.100,00 di cui € 100,00 per spese generali, IVA e CPA, come per legge;
- dichiara la sentenza provvisoriamente esecutiva come per legge.

Così deciso in Caltanissetta il 22 maggio 2006

*****

VI. Giudice di Pace di Caltanissetta, sentenza 29 giugno 2006, Brancato G.A. ed altri (Avv. L. Cascino) c. I Grandi Viaggi S.p.A. (Avv.ti S. Santi e S. Sillitti) e STB 2001 s.r.l. (Avv. F. Ferrazzoli), Giudice Pilato

Costituisce inadempimento contrattuale del tour operator il non aver previsto adeguati e congrui tempi tecnici tra un volo nazionale ed un volo intercontinentale, atteso che le operazioni di presentazione al check-in, la consegna dei bagagli all'aeroporto, lo spostamento dalla zona arrivi voli nazionali a quella delle partenze dei voli internazionali, nonchè il successivo controllo dei passaporti e dei bagagli a mano, non possono effettuarsi in tempi eccessivamente brevi (nella fattispecie due ore).

Costituisce altresì inadempimento contrattuale dell'organizzatore l'assenza in aeroporto del personale dipendente preposto all'accoglimento ed all'assistenza dei passeggeri-turisti.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI CALTANISSETTA

Il Giudice di Pace di Caltanissetta, dott. Giovanni Pilato ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al numero 1151/04 del ruolo generale aff. civ., e avente ad oggetto: risarcimento danni da vacanza rovinata.

Discussa e passata in decisione all'udienza del 7 febbraio 2006, promossa da Brancato Gaetano Augusto e Siracusa Loredana Santa,

entrambi ivi residenti in via L. Russo n.23 ed entrambi domiciliati in Caltanissetta viale della Regione 97, presso lo studio dell'Avv. Luigi Cascino, che li rappresenta e difende onesta procura a margine dell'atto di citazione;

ATTORI

Contro: I Grandi Viaggi S.p.A. in persona del suo legale rappresentante pro tempore, con sede legale in Milano, via della Moscova n. 36, rappresentata e difesa, giusta procura alle liti rilasciata in calce all'atto di citazione, dall'Avv. Silvia Santi unitamente e disgiuntamente all'Avv. Sandra Sillitti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Caltanissetta,Viale della Regione n. 172:

CONVENUTA

Nonché contro: la STB 2001 srl con sede in Roma, via Torino n. 29, quale mandataria di Alitalia Linee Aeree S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore*, in forza di generale mandato con rappresentanza sostanziale e processuale a gestire il contenzioso della Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. rappresentata e difesa, dall'Avv. Fabio Ferrazzoli del Foro di Roma e con lui selettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Adele Marotta, in Caltanissetta in viale della Regione n. 61, giusta procura in calce alla comparsa di costituzione e risposta;

TERZO CHIAMATO IN CAUSA

All'udienza del 07 febbraio 2006 le parti precisavano le conclusioni definitive, riportandosi a quelle contenute in seno agli atti introduttivi del giudizio, e a quelle formulate nelle comparse conclusionali.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato, a mezzo del servizio postale in data 21.10.2004, gli attori Brancato Gaetano Augusto e Siracusa Loredana Santa, come sopra rappresentati e difesi, convenivano in giudizio I Grandi Viaggi S.p.A. (di seguito denominato I.G.V.), dinanzi al Giudice di Pace di Caltanissetta, chiedendo la dichiarazione di inadempimento parziale dei contratto inerente il pacchetto turistico avente ad oggetto il viaggio A/R e permanenza in Florida (U.S.A.) dal 24.07.2004 al 05.08.2004 ed il conseguente risarcimento del danno da vacanza rovinata e danno esistenziale, quantificato in complessivi €. 2.382,00.

Sostenevano gli attori che a causa di un difetto organizzativo degli orari dei voli da parte del Tour Operator I.G.V., essi avevano perso il volo (di partenza) da Milano a Miami del 24.07.2004, causato da un ritardo (per problemi meteorogici) portato dal volo Alitalia, Catania/Milano, con conseguente slittamento della partenza per Miami al giorno successivo e necessità di pernottare (a spese dell'Alitalia) una notte a Milano, perdendo così un giorno di permanenza a Miami e le escursioni già pagate e fissate il primo giorno di permanenza consistente nel tour della città di Miami.

Inoltre lamentavano l'assoluta mancanza di personale della I.G.V. che avrebbe dovuto prestare l'assistenza del caso e la perdita dei bagagli (arrivati dopo 48 ore) nel viaggio Milano — Miami, via Toronto.

Pertanto, gli attori chiedevano alla I.G.V. S.p.A., il risarcimento del danno da vacanza rovinata, ai sensi del D.L. 111/95 e dell'art.12 delle Condizioni Generali di contratto di vendita di pacchetti turistici, nonché il risarcimento del danno esistenziale per lo stress ed il disagio subiti, il tutto quantificato in complessivi €. 2.382,00.

Nelle more della notifica dell'atto di citazione, la I.G.V. per il mancato godimento del tour della città di Miami rimborsava la somma di € 82,00.
All'udienza di prima comparizione del 30.11.2004 si costituiva in giudizio la convenuta I.G.V. S.p.A., come sopra rappresentata e difesa, che chiedeva in via principale, il rigetto delle domande attoree, infondate in fatto e in diritto, sia in ordine all'an che in ordine al *quantum* e, in via subordinata, nell'ipotesi in cui le domande attoree fossero accolte, la liquidazione del danno *ex adverso* preteso rapportato alla reale entità dei disagi subiti dagli attori.
In particolare la convenuta sosteneva l'assenza di qualsivoglia responsabilità in capo alla stessa società, per riconducibilità invece del danno al caso fortuito e/o forza maggiore ex art. 17 D. Lgs. 111/95, poiché il volo in relazione al quale gli attori lamentano l'intervenuto ritardo ha subito un dirottamento a Torino a causa di un violento nubifragio abbattutosi sulla città di Milano. Rientrando il fenomeno del nubifragio, in relazione alla intensità ed eccezionalità del fenomeno stesso, in una ipotesi di caso fortuito e/o forza maggiore.
Pertanto, poiché il danno lamentato dagli attori è esclusivamente riconducibile al disguido aereo, ne consegue l'insussistenza di qualunque responsabilità contrattuale e/o extracontrattuale in capo all'I.G.V. ex art. 12 D. Lgs. 111/95, poiché la condotta della società I.G.V. a seguito del disguido aereo (interamente imputabile al vettore Alitalia) è stata connotata da diligente professionalità, in quanto agli attori è stato rimborsato il costo del servizio di € 82.00 che, contemplato nel pacchetto turistico, non è stato da essi goduto.
In subordine, la convenuta I.G.V. rilevava che nessuna pretesa risarcitoria può essere avanzata dagli

attori nei confronti dello stesso tour operator, poiché il fatto di cui è causa è riconducibile semmai alla Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A., vettore incaricato di eseguire l'intero servizio di trasferimento aereo previsto nel pacchetto. Con la conseguenza che ogni eventuale domanda, se fondata, non poteva che essere avanzata solo nei confronti di quest'ultima.

Chiedeva pertanto di essere tenuta indenne e manlevata da Alitalia, formulando in tal senso istanza di autorizzazione alla chiamata in causa della stessa.

All'udienza del 28.04.2005, si costituiva in giudizio il terzo chiamato la S.T.B. 2001 s.r.l., quale mandataria di Alitalia S.p.A., sostenendo la propria estraneità alla richiesta risarcitoria avanzata dagli attori, evidenziando preliminarmente che ogni danno eventualmente accertato non potrà che essere addebitato al "tour operator" promotore ed organizzatore del pacchetto turistico in quanto Alitalia ha adottato tutte le misure possibili per condurre gli odierni attori a destinazione nel più breve tempo possibile. Nel merito poiché il ritardo nel volo Catania-Milano del 24.07.2004 è stato dovuto ad un temporale che aveva impedito l'atterraggio a Milano ed il dirottamento del volo su Torino, da cui poi i passeggeri sono stati condotti a Milano con altro volo successivo, chiedeva affermarsi l'esclusiva responsabilità del Tour Operator I.G.V. S.p.A. per i danni subiti dagli attori.

Concludeva, pertanto, chiedendo preliminarmente di rigettare la domanda attrice perché infondata in fatto ed in diritto, in via subordinata accertare e dichiarare la esclusiva responsabilità del tour operator convenuto in giudizio per i danni pretesamene ritenuti subiti da parte attrice: ed in ogni caso respingere ogni domanda di condanna rivolta ad Alitalia S.p.A.

Esperito con esito negativo il tentativo di conciliazione, la causa veniva rinviata per la trattazione; poi, la causa veniva istruita mediante la prova testimoniale del sig. Mazzamuto Fabrizio e con l'interrogatorio formale (non reso) del legale rappresentante della I.G.V. S.p.A.. Cosicchè all'udienza del 07.02.2006, la causa veniva rinviata per la precisazione delle conclusioni e discussione, ed essendo matura per la decisione veniva, in pari data, assegnata a sentenza, previo deposito di memorie conclusive.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda degli istanti è fondata e va, per quanto di ragione accolta.

Il caso de *quo vertitur*, rientra nella disciplina relativa ai cd. contratti di viaggio che trova le sue fonti normative nella Convenzione sul contratto di viaggio (da ora in poi CCV), firmata a Bruxelles nel 1970 e recepita nel nostro ordinamento con la L. n. 1084 del 27.12.1977, nonché del decreto legislativo n. 111 del 17.3.1995 emanato in attuazione della direttiva n. 90/314/CEE, concernenti i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso". La convenuta I.G.V. S.p.A. ha infatti, assunto la qualità di organizzatore del viaggio o tour operator attraverso la realizzazione del pacchetto turistico comprensivo di trasporto, alloggio e altri servizi venduti a prezzo forfettario (art. 5 CCV e art. 3 d. Lgs. 111/95). mentre gli attori quella di viaggiatori-consumatori destinati a fruire del pacchetto turistico (art. 7 CCV e art. 5 D. Lgs. 111/95).

Quanto sostenuto dagli attori ha trovato pieno riscontro nelle risultanze dell'attività istruttoria espletata e nella documentazione versata in atti.

Infatti, risulta documentalmente alla copia del programma di viaggio prodotta in atti che

l'orario dei voli di partenza del 24.07.2004 (ore 6.30 da Catania, con arrivo a Milano alle ore 8,30 e partenza da Milano alle 10.15 per Miami) è risultata mal organizzata e difficilmente realizzabile anche in situazioni di regolare traffico aereo, e di buone condizioni metereologiche. Questo perché con un tempo inferiore alle due ore, tra l'orario di arrivo del volo da Catania ed il successivo volo intercontinentale per Miami, non potevano essere effettuate tutte quelle normali operazioni prima del successivo volo: quali la presentazione al check-in, la consegna dei bagagli all'aeroporto Milano Malpensa, lo spostamento per recarsi dalla zona arrivi nazionali (terminal A) alla zona partenze internazionali (terminal B), il controllo dei passaporti all'aeroporto di Milano Malpensa, il controllo del bagaglio a mano e personale, sempre in aeroporto. Ora tutte queste operazioni, non potevano effettuarsi in meno di due ore, tenendo anche conto che per i viaggi intercontinentali i passeggeri devono presentarsi al check-in dell'aeroporto di partenza almeno due ore prima dell'orario previsto per la partenza del volo.

I tempi per effettuare tali operazioni, oltre ad essere dati di comune esperienza, sono stati di fatto confermati dal legale rappresentante della I.G.V. ai sensi dell'art. 232 c.p.c., che non si è presentato a rendere l'interrogatorio formale deferitogli, e che induce a ritenere ammessi i fatti dedotti.

Inoltre, gli attori con la presente causa di richiesta di risarcimento danni, lamentavano, non solamente la cattiva organizzazione degli

orari di volo, ma anche la mancata assistenza da parte di personale del tour operator all'aeroporto di Milano Malpensa oltre alla qualità dei servizi alberghieri degli alberghi consigliati nel tour in Florida, come da lettera del 18.8.2004 a firma dell'odierno attore, inviata all'I.G.V..

È appena il caso di evidenziare, poi, che sebbene è evidente l'inadempimento contrattuale del tour operator I.G.V., per non aver previsto adeguati e congrui tempi tecnici tra il volo nazionale (CT/MI) ed il volo intercontinentale (ML/Miami), nello stesso giorno di partenza, fissato per il 24.07.2004, non è condivisibile l'assunto di parte convenuta della I.G.V., alla stregua del quale deve essere esclusa la propria responsabilità perché, il volo ha subito un ritardo a causa di un violento nubifragio che si è abbattuto nella città di Milano. Poiché risulta evidente che, al di là dell'inefficienza del vettore Alitalia, che nel caso in esame non sembra emergere, (di cui eventualmente risponderebbe il tour operator che si avvale dei suoi servizi per i propri clienti ai sensi dell'art. 12 delle Condizioni Generali di contratto, di vendita di pacchetti turistici), risulta provato invece che tutto ciò non sarebbe successo se la pianificazione dei voli da parte del tour operator I.G.V. fosse stata oculata e previgente.

Per tali ragioni rigetta la domanda di garanzia spiegata in giudizio dalla I.G.V. nei confronti del vettore Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A., essendo l'originaria società convenuta l'unica responsabile dei danni cagionati agli odierni attori.

Infatti è risultato provato, in corso di causa, la mancanza all'aeroporto di Milano di personale

dipendente dal Tour operator I.G.V. (circostanza confermata dal teste Mazzamuto) che non ha dato assistenza alcuna ai viaggiatori, e che a causa dell'arrivo a Miami con un giorno e mezzo di ritardo, sul programma di viaggio, gli attori Brancato-Siracusa perdevano una notte presso l'albergo di Miami, ed il tour della città (regolarmente rimborsato dall'I.G.V. per l'importo di € 82.00), e che una volta giunti a Miami non trovavano i loro bagagli, che venivano recapitati presso il loro Hotel solamente dopo due giorni, circostanza quest'ultima non smentita da parte convenuta.

Tale palesandosi lo svolgimento degli accadimenti, risulta evidente la responsabilità del convenuto organizzatore del viaggio I.G.V. S.p.A. ai sensi dell'art. 14 del D.Lgs. 111/95. Tale disciplina generale che, va precisato, non è abrogativo del precedente CCV, che anzi espressamente richiama, per quanto compatibile, agli artt. 15 e 16, in evidente linea con la direttiva comunitaria 314/90 la quale da ultimo prevedeva la facoltà per gli Stati aderenti di mantenere in vigore disposizioni più severe in materia di viaggi "tutto compreso", atte a tutelare il consumatore.

In particolare, l'art. 14 del D. lgs 111/95 espressamente prevede che "in caso di mancato od inesatto adempimento delle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto turistico l'organizzatore ed il venditore sono tenuti al risarcimento del danno nei confronti del viaggiatore/consumatore". Al secondo comma, infine il legislatore ha previsto la

responsabilità dell'organizzatore o venditore per il risarcimento del "danno sofferto" dal consumatore da parte di prestatori di servizio di cui si è avvalso, salvo diritto di rivalsa nei confronti di questi ultimi.

Nel caso di specie, non risulta applicabile per l'organizzatore la clausola di esonero della responsabilità di cui all'art. 17 del D.Lgs. 111/95, atteso che l'inadempimento non è imputabile ad Alitalia per il caso fortuito o forza maggiore, come quella in specie invocata "degli eventi atmosferici", ma è imputabile unicamente in capo all'I.G.V., che non ha organizzato con oculatezza l'orario dei voli e non ha predisposto alcuna assistenza di personale all'aeroporto di Milano, capace di alleviare i disagi subiti dai viaggiatori, odierni attori.

In virtù di tutte le considerazioni che precedono, dunque, il convenuto, va condannato in primo al risarcimento del danno patrimoniale subito dagli attori e consistente senza dubbio nella differenza tra le prestazioni di cui gli stessi hanno usufruito e quelle non godute, per essere arrivati con un giorno e mezzo di ritardo a Miami, dopo un viaggio alquanto disagevole.

Sebbene non sia stata data precisa dimostrazione dell'ammontare del predetto danno, a parere di questo Giudice sussistono elementi sufficienti per addivenire ad una liquidazione dello stesso in via equitativa, ex art. 1226 c.c.. Tenendo conto del fatto che il viaggio è costato agli attori complessivamente € 3.864,00, come risulta da documentazione in atti, che gli stessi sono arrivati un giorno e mezzo di ritardo a Miami, ritiene questo

giudice che il valore delle prestazioni non godute, possa congruamente stimarsi in complessivi € 300,00, sulla base del costo per la permanenza e del tour previsto nella città di Miami nel giorno e mezzo non goduto, comprensivo della somma di € 82,00 già rimborsato agli odierni attori.

Spetta altresì agli attori il risarcimento del danno non patrimoniale tradizionalmente definito quale danno "da vacanza rovinata", che consiste nel disagio e dalla afflizione subiti dal turista-viaggiatore per non aver potuto godere pienamente della vacanza come occasione di svago e di riposo conforme alle proprie aspettative (*ex plurimis* Trib. Milano 9.2.2004 n. 4217), vedendo così definitivamente compromesse la possibilità di realizzare un progetto teso al miglioramento delle potenzialità psico-fisiche, attraverso l'allentamento delle tensioni nervose connaturate all'intensità della vita moderna, ed al miglioramento delle complessive condizioni di vita.

Infatti, tra i danni risarcibili ex D.lgs. 111/95, che, come detto, ha dato attuazione nell'ordinamento italiano alla Direttiva 90/314/CEE, rientra senz'altro il danno da vacanza rovinata. In particolare la giurisprudenza è concorde nel ritenere che "nel caso in cui il viaggiatore non riesca a fruire, in tutto o in parte, della vacanza, per inadempimento del tour operator, quest'ultimo è tenuto, oltre alla refusione delle spese sostenute dal viaggiatore, anche al risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata, il quale costituisce una

ipotesi di danno morale da inadempimento, risarcibile alla luce del diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di Giustizia CEE con sentenza 12.3.2002 n. 168/00.
Pertanto non può negarsi che, la disciplina vigente, europea e nazionale, in materia consideri tra i darmi subiti dal viaggiatore per effetto dell'inadempimento anche i danni non patrimoniali alla cui categoria appartiene il danno esistenziale, ciò anche in considerazione che tale tipo di danno è già, da tempo, apertamente riconosciuta in ambito europeo.
Le ingiuste lesioni patite, alle quali sono conseguiti pregiudizi non suscettibili di valutazione economica, attengono ad interessi di rango costituzionale inerenti alla persona che nel caso in oggetto hanno riguardato l'aspettativa dell'attività di svago, di distensione e di divertimento, in cui consistono i viaggi-vacanza, che rientrano nella tutela costituzionale di cui agli artt. 2 e 36, oltre che, per implicito, nell'art. 32 della Costituzione (cfr. Trib. Reggio Emilia n. 210/05).
Ed invero, il danno non patrimoniale conseguente all'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona costituzionalmente garantito, non è soggetto ai fini della risarcibilità, al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 c.c. e non presuppone, pertanto, la qualifica del fatto illecito come reato, giacchè il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, anche alle previsioni della

Costituzione, dove si consideri che il riconoscimento da parte del legislatore costituente dei diritti inviolabili della persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela ed in tal modo configura senza dubbio un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale (Cass. 8827/2003).

Circa il criterio di liquidazione del danno esistenziale della vacanza (parzialmente) rovinata, le pronunce di merito e di legittimità affermano che lo stesso non può che avvenire con criteri equitativi, sia pure considerando e valutando gli aspetti del caso concreto (Cass. 7713/2000, Trib. Reggio Emilia 22.2.2005).

In considerazione di quanto sopra esposto, per quanto attiene al quantum debeatur, si ritiene equo liquidare, a favore di ciascuno degli odierni attori, la somma di € 500,00 liquidata all'attualità, oltre gli interessi nella misura di legge.

La società convenuta va, pertanto condannata al risarcimento dei danni sofferti dagli attori nella complessivamente misura di € 1.300,00, di cui € 300,00 per il mancato godimento della giornata e mezza di vacanza ed € 1.000,00 a titolo di ristoro del danno da "vacanza (parzialmente) rovinata".

In ordine alla regolamentazione delle spese, tra gli attori e la I.G.V. S.P.A., seguono la soccombenza e si liquidano, equitativamente, tenuto conto dell'attività svolta e del valore della causa attribuito con sentenza, come in dispositivo.

In ordine al rapporto processuale tra la convenuta società I.G.V., e la STB 2001 srl, quale mandataria di Alitalia Linee Aeree S.p.A, a parere di questo giudice sussistono giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da Brancato Gaetano Augusto e Siracusa Loredana Santa nei confronti della I Grandi Viaggi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, nonchè sulla domanda di garanzia spiegata da quest'ultima nei confronti della Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A., costituitasi in giudizio con la S.T.B. 2001 srl, quale mandataria della stessa, così provvede:

- accoglie la domanda spiegata in giudizio da Brancato Gaetano Augusto e Siracusa Loredana Santa e per l'effetto condanna I Grandi Viaggi S.p.A. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento in loro favore della complessiva somma di € 1.300.00, oltre gli interessi legali dalla domanda al soddisfo;
- rigetta la domanda di garanzia spiegata in giudizio dalla originaria convenuta nei confronti della Alitalia Linee Aeree S.p.A., costituitasi in giudizio con la S.T.B. 2001 s.r.l., quale mandataria della stessa;
- condanna I Grandi Viaggi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore degli attori delle spese, diritti ed onorari del presente giudizio che si liquidano equitativamente in complessivi €

1.100,00 di cui € 100,00 per spese, nonché il 12,50% delle spese generali, IVA e CPA, come per legge;
- dichiara interamente compensate tra le parti le spese di lite afferenti al rapporto processuale tra la originaria convenuta I Grandi Viaggi S.p.A. e la S.T.B. s.r.l., quale mandataria di Alitalia Linee Aeree S.p.A.;
- dichiara la sentenza provvisoriamente esecutiva come per legge.
Così deciso in Caltanissetta il 16 giugno 2006.

*****

VII. Tribunale di Palermo, sentenza 5 ottobre 2006, B. I. ed altri c. Biba Tour s.r.l, Turisanda S.p.A. e Sara Assicurazioni S.p.A., Giudice De Gregorio

La direttiva Comunitaria 90/314/CEE, recepita in Italia con D.lgs 111/95, ha consentito di ritenere introdotto nel nostro ordinamento il cd. "danno da vacanza rovinata", ovvero il pregiudizio non solo economico, ma anche morale collegato alla delusione e allo stress causato dalla circostanza di non aver potuto godere – o godere appieno - dei benefici di una vacanza, a causa della cancellazione della stessa o dei disagi e disservizi subiti. Detta figura di danno ha natura contrattuale, in quanto trova fondamento nell'inadempimento delle obbligazioni assunte dall'agenzia di viaggi e/o dal tour operator relativamente ad un contratto di viaggio o "pacchetto turistico" stipulato con il consumatore.

Esso è composto da due voci: il pregiudizio economico per gli esborsi sostenuti, nonché il danno morale dovuto a delusione e stress subiti a causa del disservizio.

Occorre distinguere fra il contratto di organizzazione del viaggio (figura negoziale rientrante nell'ambito dell'appalto di servizi) alla stregua del quale il tour operator si obbliga a proprio nome a procurare al viaggiatore, per un prezzo globale, una serie più o meno ampia di prestazioni (ad esempio prenotazioni di biglietti, soggiorni) comprensive del trasporto; ed il contratto di intermediazione di viaggio in base al quale un venditore si obbliga a procurare al viaggiatore, per un determinato prezzo, sia un contratto di organizzazione del viaggio, sia uno dei servizi separati che permettono di effettuare un viaggio: tale seconda tipologia negoziale va configurata come mandato con rappresentanza conferito dal viaggiatore, con la conseguenza che il venditore non sarà responsabile della mancata o difettosa esecuzione delle prestazioni in cui si concreta il viaggio bensì unicamente della violazione di siffatto mandato.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
Terza Sezione Civile

in composizione monocratica, in persona del Giudice Dott. Giuseppe De Gregorio, all'esito della discussione orale, ha pronunciato e pubblicato mediante lettura di dispositivo e contestuale motivazione (art. 281 sexies c.p.c.) la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 4251/2003 R.G. vertente tra B.I., G.S. P.M.A., M. U. (Avv. U. M.)

ATTORI

E

BIBA TOUR S.R.L., in persona dell'amministratore legale rappresentante pro tempore (Avv.ti R.C. e C.P.); TURISANDA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore (contumace)

CONVENUTI

SARA ASSICURAZIONI S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore (Avv. R. G.)

TERZO CHIAMATO

Il Tribunale di Palermo – III Sezione Civile

in composizione monocratica in persona del Giudice dr. Giuseppe De Gregorio, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione respinta, definitivamente pronunciando nella contumacia di Turisanda S.p.A., così provvede: In accoglimento delle domande proposte da B.I., G.S., P.M.a, M.U., con atto di citazione del 28 marzo 2003, condanna Turisanda S.p.A. al pagamento in favore di B.I. e G.S. della somma di € 4.280,00. cadauno, oltre interessi come per legge dalla data della citazione sino al completo soddisfo; al pagamento in favore di P. M. a e M.U. della somma di € 2.780,00 cadauno, oltre interessi come per legge dalla data della citazione sino al completo soddisfo.

Rigetta le domande tutte avanzate nei confronti di Biba Tour s.r.l., e per l'effetto dichiara assorbita ogni questione rispetto Sara Assicurazioni S.p.A..

Condanna la predetta Turisanda S.p.A. alla rifusione a favore degli attori delle spese del presente giudizio, che liquida in complessivi, di cui € … per esborsi, €…. per diritti, €….. per onorari, oltre rimborso forfettario, I.V.A. e C.P.A. come per legge.

Spese compensate tra le altre parti.

La sentenza è provvisoriamente esecutiva tra le parti ai sensi dell'art. 282 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Gli attori hanno convenuto in giudizio Biba Tour s.r.l. e Turisanda spa per sentirli condannare al risarcimento dei danni patrimoniali sofferti in conseguenza dell'inadempimento contrattuale delle società convenute alle obbligazioni nascenti dalla vendita di un viaggio-vacanza.

Segnatamente, deducono di avere prenotato presso l'agenzia Biba Tour s.r.l. un viaggio in Egitto dal 28.12.2002 sino al 04.1.2003; che in particolare i coniugi B. – G. (i quali erano in viaggio di nozze) prenotarono pure i voli di trasferimento per e da Roma, luogo di avvio del viaggio-vacanza, dalla loro città, Palermo; che detto viaggio venne caratterizzato da disguidi afferenti le trasferte Roma-Palermo, oltre gli orari complessivi dei voli, la scadente qualità dei servizi offerti; e tutto ciò nonostante le assicurazioni sulla particolare qualità dei servizi detti desumibili dalla documentazione illustrativa (cfr. fascicolo Turisanda prodotto dagli attori) di essi; di guisa che il viaggio fu caratterizzato da stress tale da comportare solo disagi, e appunto chiedono il ristoro per la vacanza completamente rovinata, sotto il profilo del danno patrimoniale, per gli esborsi sostenuti, e di quello che definiscono esistenziale, ma che più genericamente può dirsi non patrimoniale.

Ciò posto, mette conto evidenziare, quale necessaria premessa di carattere generale, che la direttiva Comunitaria 90/314/CEE, recepita in Italia con D.lgs 111/95 (e non 115/95, come indicato dagli attori in citazione) ha consentito di ritenere introdotto nel nostro ordinamento il cd. "danno da vacanza rovinata" ovvero il pregiudizio non solo economico ma anche morale collegato alla

delusione e allo stress causato dalla circostanza di non aver potuto godere – o godere appieno - dei benefici di una vacanza, a causa della cancellazione della stessa o dei disagi e disservizi subiti.

Detta figura di danno ha natura contrattuale, in quanto trova fondamento nell'inadempimento delle obbligazioni assunte dall'agenzia di viaggi e/o dal tour operator relativamente ad un contratto di viaggio o "pacchetto turistico" stipulato con il consumatore.

Esso è composto da due voci: il pregiudizio economico per gli esborsi sostenuti, nonché il danno morale dovuto a delusione e stress subiti a causa del disservizio. Al riguardo, il Tribunale di Roma (sez. IX 26-11-2003, in I Contratti, 2004, 511) ha stabilito che "Nel caso in cui il viaggiatore non riesca a fruire, in tutto o in parte, della vacanza per inadempimento del tour operator, quest'ultimo è tenuto, oltre alla rifusione delle spese sostenute dal viaggiatore, anche al risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata, il quale costituisce una ipotesi di danno morale da inadempimento, eccezionalmente risarcibile alla luce del diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di giustizia".

La pronuncia evocata è quella della Corte di Giustizia CE, Sez. VI, 12 marzo 2002 resa nel procedimento C-168/00, laddove la Corte spiega che l'art. 5 della direttiva del Consiglio 13 giugno 1990 citata (la 90/314/CEE), concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", dev' essere interpretato nel senso che "il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio

"tutto compreso". Va precisato che l'art. 5, n° 2, primo comma, della direttiva impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinchè l'organizzatore di viaggi risarcisca "i danni arrecati al consumatore dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione del contratto".

Nel caso di specie, le domande attore sono dirette tanto verso il venditore del "pacchetto" che verso l'organizzazione, e tale differenziazione è sottolineata nella stessa citazione.

Ma dette diverse domande hanno presupposti (e oggetti) diversi, e perciò vanno esaminate separatamente.

Occorre infatti distinguere fra il contratto di organizzazione del viaggio (figura negoziale rientrante nell'ambito dell'appalto di servizi) alla stregua del quale il tour operator (Turisanda S.p.A.) si obbliga a proprio nome a procurare al viaggiatore, per un prezzo globale, una serie più o meno ampia di prestazioni (ad esempio prenotazioni di biglietti, soggiorni) comprensive del trasporto; ed il contratto di intermediazione di viaggio in base al quale non venditore si obbliga a procurare al viaggiatore, per un determinato prezzo, sia un contratto di organizzazione del viaggio sia uno dei servizi separati che permettono di effettuare un viaggio: tale seconda tipologia negoziale va configurata come mandato con rappresentanza conferito dal viaggiatore, con la conseguenza che il venditore non sarà responsabile della mancata o difettosa esecuzione delle prestazioni in cui si concreta

il viaggio bensì unicamente della violazione di siffatto mandato.

Azione verso Biba Tour s.r.l.

L'azione versa questa convenuta rientra nella seconda delle ipotesi appena esaminate. Biba Tour si è infatti limitata (per tutti gli attori) a vendere il pacchetto di viaggio, e - per i soli attori B. e G.- anche i biglietti aerei per i voli per e da Roma. Su tale punto si incentra la prima delle doglianze da esaminare: sostengono cioè questi ultimi attori che Biba Tour avrebbe tardivamente comunicato (solo il giorno prima della partenza) delle variazioni di orario, che, soprattutto per il viaggio di rientro, non consentirono un rientro immediato in Palermo, il 4 gennaio 2003, ma costrinsero ad una notte di permanenza a Roma.

L'assunto degli attori, però, non solo è rimasto indimostrato (il teste attoreo, la sorella del G., si è limitata a narrare che venne contattata dal fratello per ritardare il momento dell'accompagnamento in aeroporto, per il giorno 28.12.2002), ma addirittura smentito dal teste dalla convenuta, il quale ha invece affermato che i differenti orari dei due voli per e da Roma vennero comunicati con congruo anticipato, alcuni giorni prima della partenza, anzi prima di Natale, di guisa che non sussiste il dedotto difetto di informazione.

Di conseguenza, la pretesa attorea verso Biba Tour s.r.l. va disattesa; rimane così assorbita ogni questione inerente il rapporto di quest'ultima col proprio assicuratore, Sara Assicurazioni S.p.A..

Azione verso Turisanda S.p.A.

Rispetto il tour operator, invece, la domanda è fondata.

Premesso che detta convenuta, rimanendo contumace, non ha in alcun modo contrastato le allegazioni attoree in punto di inadempimento (con quel che ne segue in punto di onere probatorio nel diritto delle obbligazioni, ex art. 2697 c.c. e 1218 stesso codice), gli odierni attori hanno invece provato:

- documentalmente, depositando il catalogo viaggi per l'Egitto, che le caratteristiche di alberghi, motonavi, e trattamento avrebbe dovuto essere di ottima qualità, pur in considerazione dei diversi luoghi da visitare (con più disagi per le traversate sul Nilo), e che le particolarità di orari (sveglie all'alba o addirittura prima) erano da escludere, perché espressamente limitate al periodo estivo (così il testo a pag. 8 del catalogo attoreo);
- per testi, con i soggetti che hanno confermato le "levatacce" anche notturne, la scadentissima qualità dei servizi alberghieri e di ristorazione sulle navi, lo stress di continui spostamenti ad orari tutt'altro che comodi, tanto che uno dei viaggiatori si premurò di contestare ogni manchevolezza a Turisanda immediatamente.

In altri termini, è provato, e non contestano dall'altra parte, rimasta contumace, che il viaggio fu complessivamente disagevole e caratterizzato da servizi di qualità decisamente inferiore a quella pattuita, desumibile cioè dal catalogo in base al quale si concretizzò l'offerta negoziale.

Discende da ciò che la domanda risarcitoria va accolta.

Per le voci di danno, va detto che il pregiudizio economico è più facilmente quantificabile: esso corrisponde al prezzo del viaggio acquistato in caso di mancato godimento della vacanza, o in una riduzione del prezzo medesimo nel caso in cui il consumatore abbia potuto godere della vacanza, ma questa sia stata rovinata da disservizi, contrattempi o altri disguidi.
Tale riduzione, in ragione di quanto corrisposto da ciascuno degli attori e dalla circostanza che gran parte del viaggio venne caratterizzata dai disagi di cui s' è detto, può stimarsi nel 75% del valore del "pacchetto", ammontante nell'intero (come da documentazione attorea) ad € 1.587,00, cadauno, al netto dei costi di trasferimento a Roma e dell'abbuono indicato nel contratto di vendita del dicembre 2002 allegato al fascicolo attoreo, e dunque in € 1.190,25, da rivalutare (trattandosi di posta risarcitoria) in attuali € 1.280,00.
Per il danno non patrimoniale, di più difficile stima, può accedersi alla richiesta attorea di valutazione equitativa, considerando taluni fattori: che si trattava di viaggio in periodo natalizio, di gruppo, e per gli attori G. e B. era pure viaggio di nozze.
In considerazione di tali parametri, in uno alle caratteristiche particolarmente brillanti indicate nel catalogo, che certamente rendevano alta l'aspettativa di godere di ottimi servizi, fanno stimare detta posta in € 3.000,00 cadauno per G. e B., ed in € 1.500,00 cadauno per gli altri due attori; poste queste espresse in valuta attuale.
Conclusivamente, Turisanda S.p.A. va

condannata al pagamento delle seguenti somme: € 4.280,00 per B. e G.; € 2.780,00 cadauno per M. e P.. A tutte dette cifre andranno aggiunti gli interessi come per legge dalla data della presente statuizione sino al completo soddisfo.
Le spese seguono la soccombenza di Turisanda S.p.A., e si liquidano in complessivi € 2.179,18, di cui € 1.100,00 per onorari; mentre in relazione al complessivo esito del giudizio, sussistono giusti motivi per dichiararle interamente compensate tra le altre parti.
Così deciso in Palermo alla udienza odierna del 05 ottobre 2006.

*****

VIII. Giudice di Pace Palermo, sentenza 15 marzo 2007, Napoli G. +5 (Avv. M. V. Cerami) c. Freddom Viaggi S.r.l. (Avv. A. Pandolfo), Giudice De Simone

Nel caso di contratto concluso dal viaggiatore tramite un intermediario, sulla base di un programma predisposto da un organizzatore di viaggi, vengono in essere tre distinti rapporti: un primo rapporto di mandato, tra organizzatore del viaggio e intermediario, in base al quale il secondo colloca sul mercato i servizi offerti dal primo; un secondo rapporto di mandato, tra viaggiatore ed intermediario, in base al quale questi raccoglie le prenotazioni dei viaggiatori; un terzo rapporto, tra organizzatore del viaggio e viaggiatore, che deriva dal contratto concluso tra queste parti attraverso l'intermediario.

Sulla base dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1970, attuata in Italia con l. n.

1084/1977 e dell'art. 14 D.Lgs. n. 111/1995, come modificato dalla legge n. 57/2001 in materia di viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso, il contratto stipulato con il viaggiatore da parte dell'agente intermediario che agisce in tale qualità, produce gli effetti propri di un contratto concluso da mandatario con poteri di rappresentanza e dà luogo ad un rapporto diretto tra viaggiatore ed organizzatore del viaggio, con la conseguenza che il venditore non sarà responsabile della mancata o difettosa esecuzione delle prestazioni in cui si concreta il viaggio, ma unicamente delle violazioni riconducibili a sue dirette responsabilità.

L'art. 93 del D. Lgs. 06-09-2005 n. 206 (Codice del Consumo) non prevede una ipotesi di responsabilità solidale tra organizzatore del viaggio e venditore in quanto espressamente afferma che ciascuno degli individuati soggetti risponde delle inadempienze riconducibili alle rispettive responsabilità.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI PALERMO

Il Giudice di Pace della V Sezione Civile, dott. Alfonso De Simone, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 3810/05 del Ruolo Generale degli Affari Civili Contenziosi promossa

DA

Napoli Giuseppina, Amato Filippo, Lascari Anna, Orlando Giuseppina, D'Ippolito Giorgio Maria, Di Giovanni Francesco, tutti elettivamente domiciliati a Palermo in via Libertà n. 171 presso lo studio dell'avv. Maria Vittoria Cerami che li rappresenta e difende per mandato in calce all'atto di citazione,

ATTORI

Contro

Freedom Viaggi s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore sig. Giovanni Nigrelli, elettivamente domiciliata a Palermo in via Libertà n. 171 presso lo studio dell' avv. Adriana Pandolfo che la rappresenta e difende per mandato in calce alla comparsa di costituzione e risposta,

CONVENUTA

e nei confronti

Scirocco World Travel di Notarnicola Immacolata & C. S.a.s., con sede legale a Palermo in via Domenico Di Marco n. 24, in persona del socio accomandatario e legale rappresentante pro-tempore sig.ra Notarnicola Immacolata residente a Trapani in viale Falcone e Borsellino n. 30,

CHIAMATA IN GIUDIZIO – CONTUMACE

Oggetto: condannatorio

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato il 28.10.2005, gli attori – con il patrocinio dello stesso procuratore – hanno convenuto in giudizio la Freedom Viaggi s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, esponendo:

- che, in data 05.07.2005, gli istanti - unitamente ad altri tre amici (tutti facenti parte del c.d. gruppo Las Palmas) - avevano prenotato presso la società convenuta una vacanza per la Tunisia dal 28 luglio al 05 agosto 2005 con un costo per ogni singola quota di euro 400,00 e, quindi, con un costo globale di euro 3.600,00;
- che, all' atto della prenotazione, veniva versato un acconto di euro 600,00 mentre il saldo, pari ad euro 3.000,00, veniva versato in data 12.07.2005;
- che, in data 23.07.2005, la Freedom Viaggi comunicava l'annullamento del volo Eurofly

Catania - Tunisi, previsto per le ore 22,40 del 28.07.2005, a causa della modifica del pacchetto turistico;

- che gli attori, con lettera del 25.07.2005, consegnata "*brevi manu*" alla Freedom Viaggi, chiedevano il rimborso delle quote da loro versate, pari complessivamente ad euro 2.400,00, in quanto gli altri tre amici avevano deciso di accettare una diversa proposta fatta dalla società convenuta;
- che la modifica del pacchetto turistico rendeva consequenziale e obbligatoria la restituzione delle somme agli attori;
- che la impossibilità di definire bonariamente la vicenda aveva reso consequenziale il ricorso alla sede giudiziaria.

Hanno prodotto documentazione, hanno articolato mezzi istruttori ed hanno concluso chiedendo:

- ritenere e dichiarare risolto il contratto de quo per causa non imputabile agli attori e, per l'effetto, condannare la Freedom Viaggi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, a restituire agli attori la somma di euro 2.400,00 oltre rivalutazione monetaria ed interessi, o quella maggiore o minore somma ritenuta di giustizia anche in via equitativa, in tutto entro la competenza per valore del Giudice adito;
- la vittoria delle spese.

La Freedom Viaggi s.r.l. ha contestato quanto dedotto e richiesto da controparte evidenziando:

- che nessuna responsabilità può essere addebitata alla società comparente in quanto essa si è limitata a vendere agli odierni attori il pacchetto turistico predisposto dalla Scirocco World Travel, tour operator ed organizzatore del viaggio;

- che tra gli attori e la Freedom Viaggi è intervenuto un contratto di intermediazione di viaggio, previsto dall'art. 1, comma 3, legge n. 1084/1977 che ha ratificato la Convenzione di Bruxelles del 23.04.1970, in base al quale "un venditore si obbliga a procurare al viaggiatore, per un determinato prezzo, sia un contratto di organizzazione di viaggio sia uno dei servizi separati che permettono di effettuare il viaggio";
- che tale tipologia negoziale va configurata come mandato con rappresentanza conferito dal viaggiatore con la conseguenza che il venditore non sarà responsabile della mancata o difettosa esecuzione della prestazione in cui si concreta il viaggio, ma unicamente della eventuale violazione di siffatto mandato;
- che, a mente dell' art. 12 delle condizioni generali di contratto di vendita di pacchetti turistici, il venditore presso il quale sia stata effettuata la prenotazione del pacchetto turistico è responsabile esclusivamente delle obbligazioni nascenti dalla sua qualità di intermediario e non risponde in alcun caso delle obbligazioni nascenti dall'organizzazione del viaggio;
- che la Freedom Viaggi si è limitata alla vendita del pacchetto turistico, a ricevere la corrispondente somma ed a girare la stessa alla Scirocco World Travel, organizzatore del viaggio e diretta responsabile sia della modifica del pacchetto turistico sia dell'annullamento del volo Eurofly Catania - Tunisi.

Ha prodotto documentazione, ha articolato mezzi istruttori ed ha concluso chiedendo:

- autorizzare la Freedom Viaggi s.r.l. a chiamare in giudizio il Tour Operator "Scirocco World Travel" con contestuale spostamento della prima udienza;

- estromettere la Freedom Viaggi ad avvenuta chiamata in giudizio della Scirocco World Travel;
- condannare la Scirocco World Travel al pagamento in favore degli odierni attori della complessiva somma di euro 2.400,00 oltre interessi, rivalutazione e spese di giudizio;
- rigettare le domande proposte dagli attori nei confronti della Freedom Viaggi con vittoria delle spese.

La Scirocco World Travel di Notarnicola Immacolata & C. S.a.s., ritualmente citata, non si è costituita nel giudizio assumendo veste contumaciale.

Esperita la fase istruttoria, all'udienza del 15.02.2007, sulle conclusioni delle parti, la causa è stata spedita a sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Nella vicenda che ci occupa non sono controversi né le intervenute modifiche al pacchetto turistico, né il diritto degli attori ad ottenere la restituzione di quanto versato per la mancata fruizione di tale pacchetto, ma unicamente la individuazione del soggetto obbligato a rispondere della pretesa attorea.

La Freedom Viaggi afferma di aver svolto una mera attività di intermediazione, di essersi limitata alla vendita del "pacchetto" predisposto dall'organizzatore del viaggio ed indica quale esclusivo destinatario della pretesa attorea il tour operator "Scirocco World Travel" chiedendone la chiamata in giudizio.

Per la valutazione di tale controverso aspetto, avuto riguardo all'epoca dei fatti, dovrà farsi riferimento alla disciplina dettata dalla legge n. 1084/1977, con cui è stata data esecuzione alla Convenzione di

Bruxelles del 23.04.1970, ed ai principi rinvenibili nella giurisprudenza di legittimità.
La Suprema Corte (Cass. n. 16868/2002) ha affermato che nel caso di contratto concluso dal viaggiatore, tramite un intermediario, sulla base di un programma predisposto da un organizzatore di viaggi, vengono in essere tre distinti rapporti: un primo rapporto di mandato, tra organizzatore del viaggio e intermediario, in base al quale il secondo colloca sul mercato i servizi offerti dal primo; un secondo rapporto di mandato, tra viaggiatore ed intermediario, in base al quale questi raccoglie le prenotazioni dei viaggiatori; un terzo rapporto, tra organizzatore del viaggio e viaggiatore, che deriva dal contratto concluso tra queste parti attraverso l'intermediario.
Sulla base di tali premesse e di quanto previsto dall'art. 17 della sopraindicata convenzione di Bruxelles e dall'art. 14 D.L/vo n. 111/1995, come modificato dalla legge n. 57/2001 - recante attuazione della direttiva CEE 90/314 in materia di viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso - deve affermarsi che il contratto stipulato con il viaggiatore da parte dell'agente intermediario, che agisce in tale qualità, produce gli effetti propri di un contratto concluso da mandatario con poteri di rappresentanza e dà luogo ad un rapporto diretto tra viaggiatore ed organizzatore del viaggio con la conseguenza che il venditore non sarà responsabile della mancata o difettosa esecuzione delle prestazioni in cui si concreta il viaggio, ma unicamente delle violazioni riconducibili a sue dirette responsabilità.
Gli evidenziati principi e l'assenza di una responsabilità solidale tra organizzatore del viaggio e venditore sono stati ribaditi dal D. L/vo 06-09-

2005 n. 206 (Codice del Consumo) che, all'art. 93, espressamente afferma che ciascuno degli individuati soggetti risponde delle inadempienze riconducibili alle rispettive responsabilità.

Il ruolo di tour operator, ovverossia di organizzatore del pacchetto turistico, in testa alla "Scirocco World Travel" emerge dalla stessa documentazione prodotta in allegazione dagli attori.

La Freedom Viaggi ha documentato di aver versato all'organizzatore del viaggio l'intera somma corrisposta dagli attori, a titolo di acconto e di saldo (per complessivi euro 2.400,00) e di aver ottemperato agli obblighi su di lei incombenti segnalando agli attori le modifiche apportate al pacchetto turistico dall'organizzatore del viaggio, ivi compreso l'annullamento del volo Eurofly Catania - Tunisi.

Tali circostanze sono state confermate dalla teste sig.ra Rizzo Rita ed hanno avuto ulteriore riscontro nella mancata comparizione della sig.ra Notarnicola Immacolata, rappresentante legale della Scirocco World Travel, a rendere il dedotto ed ammesso interrogatorio formale.

La Scirocco World Travel di Notarnicola Immacolata & C. s.a.s., ritualmente citata presso la residenza del socio accomandatario e rappresentante legale, così come risultante dalla documentazione prodotta (visura rilasciata della Camera di Commercio di Palermo e certificato di residenza rilasciato dal Comune di Trapani), non si è costituita nel giudizio assumendo veste contumaciale.

La stessa, nella documentata qualità di organizzatore del viaggio e percettore delle somme versate dagli attori, va individuata - per effetto della

sua chiamata in giudizio e tenuto conto della difesa della società convenuta e del consolidato orientamento giurisprudenziale - quale diretta ed esclusiva destinataria della pretesa attorea e va, conseguentemente, condannata a corrispondere agli istanti la complessiva somma di euro 2.400,00, oltre interessi legali sulla somma annualmente rivalutata con decorrenza dalla data del versamento (luglio 2005) a quella della sentenza e oltre gli interessi legali sulla somma così liquidata dalla data della sentenza al soddisfo, oltre le spese del presente giudizio che si liquidano come da dispositivo.

Si compensano le spese di giudizio per il rapporto intercorrente tra gli attori e la Freedom Viaggi s.r.l.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta dai sigg. Napoli Giuseppina, Amato Filippo, Lascari Anna, Orlando Giuseppina, D'Ippolito Giorgio Maria e Di Giovanni Francesco, con atto di citazione ritualmente notificato, contro la Freedom Viaggi s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, convenuta, e nei confronti della Scirocco World Travel di Notarnicola Immacolata & C. s.a.s., chiamata in giudizio, ogni contraria istanza ed eccezione respinta, così provvede:

- dichiara obbligata a rispondere della pretesa attorea la Scirocco World Travel di Notarnicola Immacolata & C.s.a.s.;
- condanna la Scirocco World Travel di Notarnicola Immacolata & C. S.a.s., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, a corrispondere agli attori la complessiva somma di euro 2.400,00 (duemilaquattrocento/00), oltre rivalutazione ed interessi legali secondo il computo esplicitato in

dispositivo, oltre le spese di giudizio che liquida in complessivi euro 1.400,00 (millequattrocento/00), di cui euro 90,00 (novanta/00) per spese ed euro 1.310,00 (milletrecentodieci/00) per diritti ed onorario, oltre rimborso forfettario spese generali ex art. 14 Tariffa Forense, oltre IVA e CPA;

- compensa le spese di giudizio per il rapporto intercorrente tra gli attori e la Freedom Viaggi s.r.l.

Così deciso in Palermo il 15 marzo 2007.

*****

IX. Tribunale di Marsala, sentenza 5 aprile 2007, X (Avv. G. Giunta) c. Eurofly S.p.A.(Avv.ti C. De Filippi e A. Trotti), Giudice Tomaiuoli

L'acquirente di un pacchetto turistico, in qualità di terzo a favore del quale è stipulato il contratto tra l'organizzatore del viaggio ed il vettore aereo, può agire contrattualmente nei confronti di quest'ultimo per lo smarrimento del bagaglio verificatosi nel corso del trasporto.

Il vettore aereo, per essere esonerato dalla responsabilità in caso di smarrimento del bagaglio del passeggero, deve provare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, ovvero che lo smarrimento si è verificato dopo la consegna all'impresa che gestisce il traffico bagagli presso lo scalo aeroportuale.

È risarcibile il danno morale che segue alla perdita del bagaglio di un turista da parte del vettore aereo, in quanto danno arrecato in violazione del diritto costituzionalmente garantito a svolgere la propria personalità anche in vacanza.

L'art. 22 della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999, che limita la misura del danno risarcibile dal vettore aereo nell'ipotesi di

smarrimento del bagaglio, trova applicazione anche in relazione al danno non patrimoniale.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MARSALA
Sezione Civile

In persona del dott. Pier Luigi Tomaiuoli, in funzione di Giudice unico, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 1974 del r. g. a. c. 2004 vertente

TRA

T. Francesca, A. Fabrizio, selettivamente domiciliati in Marsala, Piazza Marconi n. 70, presso lo studio dell'Avv. Giuseppe Giunta, rappresentante e difensore da procura in calce all'atto di citazione

ATTORI

E

EUROFLY S.p.A., in persona del legale rappresentante p. t., selettivamente domiciliato in Marsala, via G. Amendola n. 13, presso lo studio dell'Avv. Carmelo De Filippi, rappresentante e difensore unitamente all'Avv. Antonio Trotti come da procura a margine della comparsa di risposta;

CONVENUTA

OGGETTO: Azione di risarcimento danni nei confronti del vettore aereo per smarrimento bagagli. Convenzione di Montreal. Viaggi vacanze e circuiti tutto compreso. Danno non patrimoniale da vacanza rovinata

CONCLUSIONI DEGLI ATTORI

"piaccia al Tribunale, rigettata ogni contraria istanza, eccezione e difesa, ritenere e dichiarare che gli attori coniugi T.- A. hanno subito lo

smarrimento di uno dei due bagagli (n. AZ995974) in occasione del viaggio effettuato in data 9.9.2003 durante il volo GJ 2088 Roma Cancun effettuato con vettore Eurofly S.p.A.; conseguentemente dichiarare la responsabilità per tale disservizio di Eurofly S.p.A.;
per l'effetto condannare, a titolo di risarcimento danni, la convenuta al pagamento in favore degli attori della complessiva somma di € 8.715,50, di cui € 1.050,00 per le spese sostenute originariamente illo tempore in previsione del viaggio di nozze, come da scontrini allegati, € 500,00 per le spese occorse, necessariamente, per l'acquisto di quanto atto a supplire la merce smarrita, come da fotocopie allegate; € 4.777,00 a titolo di inadempimento contrattuale e quale corrispettivo pagato per il viaggio di nozze rovinato ed € 2.388,50 per il danno da vacanza rovinata – luna di miele -, pari al 50% del costo dell' intero viaggio di nozze, o in quella minore o maggiore somma, quale risulterà determinata nel corso del giudizio, oltre gli interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data dell'evento e sino all'effettivo soddisfo;
voglia pure disporre che venga ordinata la pubblicazione dell'emittenda sentenza A) su n. 2 quotidiani di tiratura nazionale che si indicano nel Corriere della Sera e nella Repubblica; B) su n. 3 riviste specializzate di turismo che si indicano in Tutto Turismo, Dove, e Gente Viaggi, nonché ordinarsi l'invio C) alla direzione generale dell'Ente nazionale per l'Aviazione Civile, Via di Villa Ricotti 42 00161 Roma ove è istituito un gruppo di lavoro permanente con il compito di verificare le azioni poste in essere a tutela del passeggero";

della convenuta: “voglia l’ Ill.mo Giudice adito, disattese e reiette tutte le avverse domande, eccezioni e deduzioni, accogliere le seguenti conclusioni. In via preliminare e/o pregiudiziale accertare e dichiarare la nullità del procedimento di primo grado per violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, non essendo stato concesso alla convenuta Eurofly S.p.A. il termine ex art. 180, II comma, c.p.c. per proporre le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d’ufficio, per tutte le motivazioni di cui agli atti del giudizio qui da intendersi interamente trascritte; nel merito e in via principale accertare e dichiarare la carenza di legittimazione attiva degli attori nei confronti di Eurofly S.p.A. e/o la carenza di legittimazione passiva di quest’ultima società nonché, conseguentemente, l’improponibilità e/o l’inammissibilità della domanda attorea proposta nei confronti della medesima convenuta, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 14, commi 1 e 2 d. l.vo. 111/95, e conseguentemente rigettare tutte le domande avanzate dalle parti attrici nei confronti della scrivente, per tutte le motivazioni di cui agli atti del giudizio qui da intendersi interamente trascritte; in via subordinata, nella denegata ed inverosimile ipotesi di accoglimento, anche parziale delle domande attoree, limitare la quantificazione del danno subito dalle cose secondo i criteri stabiliti dalla legge 19.5.1932 n. 841 di approvazione della Convenzione di Varsavia del 1929 e successive modifiche o, in alternativa, dall’art. 16, comma III, d.l.vo 111/1995, e comunque secondo la normativa che sarà ritenuta applicabile alla responsabilità patrimoniale per lo smarrimento del bagaglio aereo, con esclusione di qualsiasi ulteriore e diversa voce di danno, per

tutte le motivazioni di cui agli atti del giudizio qui da intendersi interamente ritrascritte; in ogni caso condannare gli attori al risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c. nella misura che verrà ritenuta di giustizia anche in via equitativa, per avere radicato e proseguito l'odierno giudizio in evidente mala fede e colpa grave, per tutte le motivazioni di cui agli atti del giudizio qui da intendersi interamente ritrascritte; tutte le domande vinte con vittoria di spese, diritti ed onorari".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato nel novembre del 2004 T. Francesca ed A. Fabrizio convenivano in giudizio innanzi al Tribunale di Marsala la Eurofly S.p.A., chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti a causa dello smarrimento di un bagaglio in occasione di un viaggio aereo a bordo di un veicolo della compagnia convenuta.

Allegavano, in particolare, che avevano programmato la loro luna di miele a Cancun, in Messico, località raggiunta in data 9.9.2004 con il volo GJ2088 (tag number AZ995974) della Eurofly S.p.A.; che avevano portato con loro due valigie per una permanenza di 15 giorni; che, all'aeroporto di destinazione, la valigia della T. non era stata riconsegnata; che avevano subito denunciato l'accaduto al locale ufficio della compagnia Alitalia, del cui gruppo faceva parte la convenuta; che l'accaduto aveva sconvolto la luna di miele; che, tornati in Italia, si erano attivati per rinnovare la propria denunzia all' Eurofly; che solo in data 11.5.2004 la convenuta li aveva informati che il loro bagaglio non era stato ritrovato, facendo prontezza del pagamento, a titolo di risarcimento danni, della somma di € 335,00 in base al peso di kg 16,5 (arrotondato a 20); che essi avevano, per

contro, richiesto il risarcimento dei danni consistiti nelle spese sostenute per il viaggio di nozze, delle spese sostenute per sostituire la merce smarrita, dei danni morali ed esistenziali patiti in ragione della disastrosa vacanza; che la Eurofly era responsabile per la gestione del loro bagaglio; che i danni ammontavano ad € 8.715,50 (€ 1.050,00 per le spese sostenute in previsione del viaggio di nozze; € 500,00 per le spese sostenute per l'acquisto del vestiario sostitutivo; € 4.777,00 "a titolo di inadempimento contrattuale e quale corrispettivo pagato per il viaggio di nozze rovinato" ed € 2.388,50 per il danno da vacanza rovinata), ovvero alla somma maggiore o minore ritenuta di giustizia.

Si costituiva in giudizio la Eurofly S.p.A., eccependo la propria carenza di legittimazione, poiché gli attori, ai sensi dell'art. 14 del d.l.vo n. 111/1995, avrebbero potuto rivolgersi esclusivamente all'agenzia di viaggio ovvero al tour operator che avevano loro venduto il pacchetto turistico; che il danno per lo smarrimento del bagaglio poteva essere risarcito nei ristretti limiti di cui all'art. 22 della Convenzione di Varsavia del 1929, ovverosia nei limiti di 250 franchi francesi per chilogrammo; che i danni comunque andavano richiesti al tour operator, stante la presenza di una copertura assicurativa nel contratto stipulato dagli attori; che la Eurofly S.p.A. aveva offerto il ristoro della somma di € 335,00 nel rispetto della detta Convenzione di Varsavia; che non poteva essere riconosciuta la somma di € 1.050,00 per spese sostenute prima della vacanza ed in previsione della stessa, e presuntivamente riferite a capi di vestiario di cui non vi era la minima prova che fossero all'interno del bagaglio smarrito; che non

poteva essere riconosciuta la somma di € 4.777,00 pari all'intero corrispettivo della vacanza, poiché il pacchetto non era stato venduto dal vettore aereo e non era credibile che lo smarrimento di un bagaglio avesse irrimediabilmente ed integralmente rovinato la vacanza; che neanche potevano riconoscersi € 2.338,50 a titolo di danno da vacanza rovinata, non potendosi tale categoria ricondurre al danno esistenziale, inteso come lesione permanente di interessi costituzionalmente protetti, né a quello patrimoniale, né a quello morale, in quanto non derivante da reato; che, in ogni caso, l'ammontare richiesto dagli attori era spropositato ed in ciò stava la loro malafede ad agire in giudizio; tutto quanto sopra eccepito, concludeva per il rigetto della domanda attrice, ovvero, in via subordinata, per il suo ridimensionamento; con vittoria di spese.
La causa istruita con produzione di documenti, veniva trattenuta in decisione all'udienza del 18.10.2006, previa assegnazione alle parti dei termini ex art. 190 c.p.c..

MOTIVI

È pregiudiziale l'esame della eccezione "di nullità del procedimento di primo grado" sollevata dalla Eurofly S.p.A. per non avere il giudice istruttore, in violazione dell'art. 180, II comma, c.p.c., assegnato alla convenuta il termine di venti giorni prima dell'udienza di trattazione per sollevare le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.
Come già esplicitato in sede di ordinanza istruttoria, l'eccezione è destituita di fondamento giuridico, posto che il detto termine è assegnato in ogni caso dalla legge, di guisa che la parte convenuta aveva sicuramente la facoltà di sollevare le eccezioni de quibus nel termine legale, a prescindere da qualsiasi specificazione ad opera del

giudice istruttore (Cass. Civ., Sez. III, 18.4.2006, n. 8938; nonché Cass. Civ., Sez. I, 6.7.2004, n. 12314, e Cass. Civ., Sez. III, 29.10.2001, n. 13414, che, con riferimento alla mancata assegnazione del termine in ipotesi di convenuto contumace, escludono la violazione del contraddittorio con argomentazione valevole a fortiori nel caso di convenuto costituito).

Gli attori hanno spiegato domanda di risarcimento dei danni patiti a causa dello smarrimento del bagaglio della signora T. durante il viaggio di nozze, convenendo in giudizio il vettore aereo Eurofly S.p.A..

È opportuno premettere in punto di fatto che, come risulta dalla documentazione versata in atti, i coniugi A. acquistarono dal venditore Agenzia di Viaggi "Capo Boeo Viaggi e Turismo" di Marsala un pacchetto turistico denominato "Merengue Caraibico", avente ad oggetto un soggiorno a Cancun (Messico), pacchetto organizzato dal tour operator Jato Travel e composto principalmente da una prestazione alberghiera di giorni 15 presso il villaggio "Don Villan" e dal volo aereo Roma Cancan GJ2088.

Il vettore aereo convenuto ha, in primo luogo, eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva (rectius, titolarità passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio), sostenendo che, avendo gli attori acquistato "un pacchetto turistico tutto compreso", essi, a mente dell'art. 14 del d. l.vo 111/95, avrebbero potuto convenire esclusivamente il venditore ovvero l'organizzatore del viaggio, i quali solo, se del caso, avrebbero potuto agire in rivalsa nei confronti del vettore aereo.

L'eccezione è infondata.

Contrariamente, a quanto sostenuto dalla parte convenuta, l'art. 14 del d. l.vo 111/95 non istituisce affatto una "legittimazione passiva" esclusiva in capo all'organizzatore od al venditore di un viaggio tutto compreso, ma si limita a prevedere che essi possano essere convenuti in giudizio per il mancato od inesatto inadempimento delle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto turistico, facendo salvo il loro diritto di rivalersi nei confronti dei prestatori di servizi di cui si sono avvalsi.

La legge non dice (né potrebbe dire, a pena di violazione palese degli artt. 3 e 24 della Costituzione) che al consumatore è precluso di rivolgere direttamente le sue richieste risarcitorie al diretto autore del danno, ma si limita a prevedere, in un'ottica di favore del viaggiatore, una legittimazione concorrente del venditore ed organizzatore anche per i servizi non direttamente prestati da costoro, ma dagli stessi, "scelti" per il cliente e con il medesimo pattuiti.

È evidente che la ratio sottesa alla normativa de qua è quella di agevolare il consumatore, offrendogli un interlocutore diretto in termini di responsabilità al quale rivolgere le proprie pretese (anche) risarcitorie, conformemente al concreto atteggiarsi di un'operazione negoziale che, sul versante del consumatore, materialmente si realizza con l'intervento immediato e primario del venditore e/o dell'organizzatore dei viaggi organizzati.

Ed è del pari evidente che tale *ratio* può giustificare solo la previsione di una titolarità passiva concorrente del venditore ed organizzatore (salvo il suo diritto di rivalsa), ma non certo una sua

irragionevole titolarità esclusiva in ipotesi di danni concretamente arrecati da soggetti altri.
Deve ritenersi, pertanto, che l'acquirente di un viaggio tutto compreso, al di là dell'azione contrattuale nei confronti del venditore od organizzatore, possa esperire un'azione risarcitoria direttamente nei confronti del vettore aereo (o di altro prestatore dei servizi acquistati con il pacchetto), tanto a titolo contrattuale, dovendosi il consumatore configurare come un terzo in favore del quale è stato stipulato il (o comunque "protetto" dal) contratto di noleggio del velivolo e trasporto dei passeggeri (sull'ambito della figura in questione si veda Cass. Civ., Sez. III, 26.1.2006, n. 1698; Cass. Civ., Sez. III, 29.7.2004, n. 14488; Cass. Civ., Sez. III, 14.7.2003, n. 11001), quanto in via aquiliana.
Nel caso di specie gli attori hanno esperito l'azione contrattuale (in qualità di terzi beneficiari o protetti), come si ricava agevolmente dall'espressa menzione del contratto di acquisto del pacchetto turistico tra i fatti costitutivi della domanda.
Essa nel merito è parzialmente fondata, ed in quanto tale deve essere accolta nei limiti e per le ragioni di cui appresso.
Con l'imbarco, al momento del check-in, il viaggiatore affida il suo bagaglio alla custodia del vettore aereo, il quale, per andare esente da responsabilità in ipotesi di perdita od avaria, deve provare di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno (ex art. 1681 c.c.; ex art. 20 della Convenzione di Varsavia del 12.10.1929, ratificata e resa esecutiva con legge 19.5.1932 n. 841, come integrata dal protocollo dell'Aja del 28 settembre 1955 ratificato con l. 3 dicembre 1962 n. 1832; ed ex art. 17, comma II, della Convenzione di Montreal del 28.5.1999, ratificata e resa esecutiva con legge

n. 12 del 10.1.2004; oltre che firmata dalla Comunità Europea il 9 dicembre 1999 sulla base dell'art. 300, n. 2, CE, approvata con decisione del Consiglio 5 aprile 2001 ed entrata in vigore, per quanto riguarda la detta Comunità, il 28 giugno 2004; oltre che riversata nel regolamento comunitario 889/2002 di modifica del regolamento n. 2027/1997).

Non può ritenersi esonerato il vettore aereo che invochi (come ha blandamente fatto la convenuta in comparsa) la responsabilità dell'impresa di handling gerente il traffico bagagli presso lo scalo aeroportuale, laddove non dimostri che lo smarrimento sia avvenuto dopo avere consegnato il bagaglio alla detta impresa, momento, questo, in cui cessa la prestazione di trasporto aereo (con connesso e strumentale obbligo di custodia del bagaglio) ed inizia l'autonoma custodia della società aeroportuale (ex multis: Cass. Civ. Sez. III, 26.11.2003, n. 18074; in parte motiva Cass. Civ., Sez. III, 25.10.2001, n. 12015; Cass. Civ., Sez. III, 9.10.1997, n. 9810; Cass. Civ. Sez. III, 14.10.1992, n.8531).

Del pari è infondata l'eccezione della convenuta di difetto di titolarità passiva della pretesa risarcitoria dedotta in giudizio, in ragione del fatto che gli attori con il pacchetto turistico de quo avrebbero "acquistato" anche una copertura assicurativa.

Non vi è, innanzitutto, prova della tipologia di assicurazione stipulata dagli attori e dei rischi da essa coperti; in secondo luogo, è noto che l'eventuale indennizzo corrisposto da un soggetto tenuto contrattualmente ad assumersi i rischi di un fatto illecito altrui non spiega alcuna refluenza sul diverso titolo aquiliano in forza del quale è tenuto il danneggiante, nemmeno in punto di

compensatio lucri cum damno (ex multis: Cass. Civ.; sez. III, 27.7.2001, n. 10291; Cass. Civ., Sez. III, 10.2.1999, n. 1135).
La convenuta, pertanto, deve rispondere dei danni conseguenti allo smarrimento del bagaglio.
La T. ha dedotto di avere speso € 1.050,00 per parte del vestiario immesso nella valigia smarrita, all'uopo versando in atti degli scontrini di pari ammontare totale rilasciati da negozi di abbigliamento donna poco prima della partenza.
Pur non essendovi la prova che tali abiti siano stati effettivamente immessi nel bagaglio poi smarrito, ritiene il Tribunale che il valore di una valigia di fattura media e di capi di vestiario per 15 giorni possa essere presuntivamente ed equitativamente stimato all'attualità quanto meno nella somma richiesta, che pertanto deve essere riconosciuta.
Spetta, poi, agli attori il risarcimento del diverso danno consistito nelle spese sostenute per acquistare il vestiario "sostitutivo" una volta pervenuti a destinazione.
Danno che, per gli stessi motivi sopra detti, ben può essere risarcito nella somma richiesta di € 500,00 all' attualità.
Nulla può essere riconosciuto, invece, agli attori a titolo di danno "da inadempimento contrattuale e quale corrispettivo pagato per il viaggio di nozze", posto che la somma richiesta di € 4.777,00, concretandosi nel corrispettivo dell'intera vacanza (alloggio e volo aereo, oltre prestazioni accessorie), avrebbe potuto essere ottenuta solo in seguito ad una non richiesta pronunzia giudiziale di risoluzione del contratto.
Tale domanda, peraltro, in quanto destinata a travolgere l'intera pattuizione, avrebbe avuto come contraddittore non già il vettore aereo, ma

l'organizzatore od il venditore del pacchetto turistico.

Resta da esaminare la domanda di risarcimento dei "danni esistenziali derivati dallo stress da vacanza rovinata".

Non è davvero questa la sede per rammentare il lungo ed ormai noto percorso giurisprudenziale degli ultimi anni in tema di risarcibilità dei danni non patrimoniali, se non per evidenziare alcuni dei principali punti di approdo, ormai condivisi e costituenti *ius receputm* della giurisprudenza (Cass. Civ., Sez. III, 31.5.2003, nn. 8827, 8828; Corte Costituzionale 11.7.2003, n. 233; Cass. Civ., Sez. III, 21 ottobre 2005, n. 20355; Cass. Civ., Sez. III, 20.10.2005, n. 20343; Cass. Civ., Sez. III, 20.10.2005, n. 20323; Cass. Civ., Sez. III, 19 ottobre 2005, n. 20205; Cass. Civ., Sez. I, 15 gennaio 2005, n. 729; Cass. Civ., SS.UU., 24.3.2006, n. 6572; Cass. Civ., Sez. III, 12.6.2006, n. 13546; Cass. Civ., Sez. II, 6.2.2007, n. 2546): 1) il danno morale, inteso quale turbamento transeunte dell'animo, non esaurisce la categoria dei pregiudizi risarcibili ex art. 2059 c.c.; 2) rientra nella nozione di danno non patrimoniale anche quello biologico inteso come lesione dell'integrità psicofisica; 3) devono essere risarciti ex art. 2059 c.c. tutti i danni non patrimoniali conseguenti a lesione di interessi costituzionalmente garantiti, ivi compreso quello morale, a prescindere dall'integrazione di una fattispecie di reato.

Più discussa, in dottrina ed in giurisprudenza, è la questione della configurabilità o meno dell'autonoma figura del danno esistenziale e della sua sovrapponibilità al c.d. "danno da lesione di interessi costituzionalmente garantiti".

Al riguardo, dopo un iniziale atteggiamento scettico della Suprema Corte che aveva evidenziato l' inutilità e la "pericolosità" dogmatica di tale voce di danno in presenza dell'ormai riconosciuta risarcibilità dei danni non patrimoniali da lesione di interessi costituzionalmente garantiti (tanto incidentalmente quanto drasticamente Cass. Civ., Sez. III, 29.7.2004, n. 14488 ed ex professo Cass. Civ., Sez. III, 15.7.2005, n. 15022), si registrano importanti arresti dello stesso giudice di legittimità nel senso della autonoma configurabilità del danno esistenziale, inteso come "ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore ma oggettivamente accertabile) che alteri le abitudini e gli assetti relazionali propri del soggetto, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno" (Cass. Civ., Sez. II, 6.2.2007, n. 2546; e soprattutto Cass. Civ., Sez. III, 12.06.2006, n. 13546; Cass. Civ. SS.UU., 24/3/2006, n. 6572).
Ritiene questo giudice di dovere prestare adesione a tale ultimo indirizzo, in considerazione del fatto che la lesione dell'interesse costituzionalmente garantito si situa a monte sul piano dell'antigiuridicità e non integra di per sé il (logicamente) successivo danno da risarcire, posto a valle della condotta contra ius.
Allo stato attuale dell'arte, dunque, il genus del danno non patrimoniale ricomprende il danno morale inteso come patema d'animo transeunte risarcibile nei casi previsti dalla legge, e quindi in presenza di reato ovvero anche a prescindere da esso in caso di lesione di interessi costituzionalmente garantiti, il danno biologico inteso come lesione dell'integrità psico fisica tutelata dall'art. 32 della Costituzione, ed il danno

esistenziale per come sopra delineato laddove lesivo di interessi costituzionalmente garantiti.
In questo quadro dogmatico, il danno da vacanza rovinata lamentato dagli attori non può sussumersi nella detta ultima species (danno esistenziale), posto che, se pure, come si preciserà dappresso, lo smarrimento del bagaglio incide su interessi costituzionalmente garantiti (artt. 2 e 36), esso non concreta una permanente alterazione delle abitudini e degli interessi relazionali del soggetto leso.
Il danno in esame, a ben vedere, in null'altro si concreta che in uno stress, un disagio ed una sofferenza transeunti per il presumibile stravolgimento delle aspettative, della "qualità" e della serenità della vacanza (una cui parte significativa, è stata peraltro necessariamente canalizzata nella ricerca del bagaglio e nell'acquisto dei vestiti sostitutivi), aspettative, qualità e serenità che nel caso di specie devono presumersi particolarmente intense, posto che non di una vacanza qualsivoglia trattavasi, ma di una luna di miele, ovverosia di un'esperienza emotiva di difficile comparazione con altri viaggi ed esperienze di vita.
Quello che gli attori hanno patito, in altri termini, è un vero e proprio danno morale, il quale può essere risarcito solo in ipotesi di reato e negli altri casi previsti dalla legge, tra i quali rientra l'ipotesi di violazione di interessi costituzionalmente garantiti.
È necessario, pertanto, andare alla ricerca della eventuale copertura normativa primaria ex art. 2059 c.c.
Essa va rinvenuta nell'art. 2 della Costituzione, in quanto trattasi di danno arrecato in violazione del diritto costituzionalmente garantito ad esplicare la propria personalità anche in vacanza, intesa quale

luogo privilegiato di ricreazione e rigenerazione della persona, oltre che di manifestazione delle sue attività realizzatrici, specie se connesse ad un'esperienza così emotivamente significativa nel percorso di vita di una persona come il viaggio di nozze.

Del perché, invece, la copertura normativa alla risarcibilità del danno morale non possa essere rinvenuta nel d. l.vo 111/1995 sui viaggi "tutto compreso", per come interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, si dirà innanzi.

Tale danno deve essere equitativamente determinato, tenendo conto, da un lato, del fatto che il bagaglio è andato definitivamente smarrito, che il viaggio è durato 15 giorni e che trattavasi di luna di miele, dall'altro, che il soggiorno è stato comunque interamente fruito dagli attori e che il prezzo complessivo della vacanza ammontava ad € 4.777,00.

Alla luce di tali elementi di giudizio il danno morale patito dagli attori andrebbe liquidato in complessivi € 1.000,00 all'attualità.

Conclusivamente, spetterebbe agli attori la somma di € 2.550,00 all'attualità.

Deve, tuttavia, rilevarsi che in subiecta materia trova applicazione la citata Convenzione di Montreal stipulata il 28.5.1999 (come detto recepita nel nostro ordinamento interno con legge di ratifica n. 12 del 10.1.2004; oltre che firmata dalla Comunità Europea il 9 dicembre 1999 sulla base dell'art. 300, n. 2, CE, approvata con decisione del Consiglio 5 aprile 2001 ed entrata in vigore, per quanto riguarda la detta Comunità, il 28 giugno 2004; oltre che riversata nel regolamento

comunitario 889/2002 di modifica del regolamento n. 2027/1997).

A mente dell'art. 22 della Convenzione "nel trasporto di bagagli, la responsabilità del vettore in caso di distruzione, perdita, deterioramento o ritardo è limitata alla somma di 1000 diritti speciali di prelievo per passeggero, salvo dichiarazione speciale di interesse alla consegna a destinazione effettuata dal passeggero al momento della consegna al vettore del bagaglio, dietro pagamento di un'eventuale tassa supplementare".

Al cambio alla data odierna, dunque, la responsabilità del vettore aereo in caso di smarrimento del bagaglio non può eccedere la somma € 1.131,00 (valore unitario del diritto speciale di prelievo € 1,131 x 1.000), ed in tali limiti, pertanto, il danno attoreo deve essere liquidato.

Non può giungersi a conclusioni diverse invocando, come hanno fatto gli attori, l'applicabilità della disciplina normativa regolante i viaggi "tutto compreso".

È vero che tanto l' art. 15 della legge n. 1084 del 27.12.1977 di ratifica della Convenzione di Bruxelles sui contratti di viaggi internazionali (ove si dispone il risarcimento di "qualsiasi pregiudizio"), quanto l' art. 14 del d. l.vo 111/1995, recettivo della direttiva comunitaria 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", quale deve essere interpretato alla luce della pronunzia della Corte di Giustizia resa nella causa n. 168/2000, non prevedono limitazioni di sorta e devono ritenersi ricomprensivi anche del danno morale.

Il supremo giudice comunitario ha chiarito, infatti, che il danno risarcibile sulla scorta della direttiva

in questione è anche quello “non corporale” sulla base 1) dell'esistenza di un obbligo di risarcire i danni morali in taluni Stati membri, con la conseguenza che la sua mancanza in altri determinerebbe delle “distorsioni di concorrenza notevoli, tenuto conto del fatto che si rilevano frequentemente danni morali in tale settore”: 2) della considerazione che la detta direttiva e più particolarmente il suo art. 5 (“per quanto riguarda i danni arrecati al consumatore dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione del contratto, gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché l'organizzatore e/o il venditore siano considerati responsabili, a meno che l'inadempimento o la cattiva esecuzione non siano imputabili né a colpa loro né a colpa di un altro prestatore di servizi”) “mira a offrire una tutela ai consumatori e che, nell'ambito dei viaggi turistici, il risarcimento del danno per il mancato godimento della vacanza ha per gli stessi un'importanza particolare”.

Osta, però, alla applicabilità delle citate disposizioni al caso di specie la circostanza che gli attori abbiano fatto valere la responsabilità (contrattuale) del vettore aereo, tenuto verso il passeggero alla sola prestazione di trasporto (ed a quelle accessorie) con i limiti risarcitori già detti, e non già quella del venditore od organizzatore del pacchetto turistico, il cui impegno negoziale si estende a tutta la vacanza, del cui buon esito, pertanto, interamente risponde (fatto salvo il proprio diritto di rivalsa ex art. 14, comma II, d. l.vo 111/1995).

Non può condurre ad un’interpretazione differente il rilievo che, in presenza di un contratto di un viaggio “tutto compreso”, il cui contenuto si sostanzia in una serie di prestazioni pattuite in

favore ed a beneficio dei terzi viaggiatori, sarebbe poco ragionevole parametrare diversamente l'ampiezza del diritto del danneggiato ad essere ristorato dei danni patiti, a seconda che esso decida di rivolgersi al soggetto con cui ha stipulato il contratto, ovvero al soggetto direttamente tenuto materialmente (e giuridicamente) alla singola prestazione nei suoi confronti.

Siffatto rilievo, infatti, va incontro alla insormontabile obiezione che nell'ipotesi di azione (contrattuale) nei confronti del vettore aereo il passeggero fa valere un danno derivante dalla inesatta esecuzione della prestazione di trasporto, mentre nell'ipotesi di azione contrattuale nei confronti del venditore od organizzatore turistico il consumatore fa valere un danno dalla inesatta esecuzione della prestazione di "organizzazione della vacanza".

E non è affatto irragionevole che il legislatore (comunitario e nazionale) abbia inteso regolare diversamente l'ambito di responsabilità dell'uno e dell'altro in ragione della diversità giuridica ed economica, sia a livello qualitativo che quantitativo, dei loro impegni negoziali nei confronti del viaggiatore/consumatore.

Neanche può obiettarsi che non avrebbe senso prevedere, da un lato, una responsabilità limitata del vettore aereo laddove direttamente convenuto in giudizio dal viaggiatore, e dall'altro una possibilità di rivalsa da parte del tour operator o venditore del pacchetto turistico illimitatamente responsabili nei confronti del consumatore, con l'apparente conseguenza di tutelare maggiormente il tour operator ed il venditore rispetto al viaggiatore.

Anche a volere ritenere non applicabile al vettore aereo convenuto in rivalsa la clausola di limitazione

di responsabilità di cui all' art. 22 della Convenzione di Montreal (questione la cui risoluzione deve passare necessariamente dall'interpretazione dell'apparentemente stentoreo dettato di cui all'art. 29 della detta Convenzione, a mente del quale: "nel trasporto di passeggeri, bagaglio e merci, ogni azione di risarcimento per danni promossa a qualsiasi titolo in base alla presente convenzione o in base a un contratto o ad atto illecito o per qualsiasi altra causa, può essere esercitata unicamente alle condizioni e nei limiti di responsabilità previsti dalla presente convenzione, fatta salva la determinazione delle persone legittimate ad agire e dei loro rispettivi diritti. Tale azione non dà luogo ad alcuna riparazione a titolo punitivo, esemplare o comunque non risarcitorio"), va osservato, comunque, che in tal caso il vettore non risponde in forza di un singolo contratto di trasporto aereo con il passeggero, ma di un ben più complesso ed oneroso obbligo contrattuale di noleggio del velivolo, dal che legittimamente può discendere un più ampio regime di responsabilità.

Le obiezioni analizzate, dunque, non inficiano la tesi della sussistenza, in forza della Convenzione di Montreal, della limitazione di responsabilità del vettore aereo convenuto direttamente in giudizio dal passeggero per il caso di danni derivanti dallo smarrimento del bagaglio, anche laddove la prestazione del vettore sia resa nell'ambito di un pacchetto turistico tutto compreso.

Resta da chiedersi se le conclusioni sopra raggiunte possano essere revocate in dubbio, ritenendo che la Convenzione di Montreal, nel prevedere il detto limite di responsabilità, abbia inteso fare riferimento solo al danno patrimoniale consistito ex se nello smarrimento (ovvero

distruzione, ovvero deterioramento) del bagaglio aereo, lasciando agli ordinari principi risarcitori il governo del regime della responsabilità per le altre tipologie di danno.

Milita contro quest'ultima interpretazione il rilievo che la detta convenzione, a ben vedere, si occupa primariamente dei tipici eventi lesivi verificabili a bordo di un velivolo aereo (o nelle fasi preparatorie ed accessorie al volo), incentrando la sua attenzione sui fatti generatori: morte, lesione personale, ritardo del volo, smarrimento, distruzione o deterioramento del bagaglio, prescindendo quindi del tutto dalla tipologia dei danni conseguenti (letteralmente "derivanti da") a tali eventi.

Non vi è che non veda, peraltro, che ritenere diversamente significherebbe vanificare la stessa ratio politico-legislativa sottesa all'intera Convenzione, la quale mira a contemperare le contrapposte esigenze di assicurare un'effettiva riparazione dei danni ai passeggeri e di consentire ai vettori aerei di esercitare la loro attività imprenditoriale con costi (anche assicurativi) programmati e certezza di utili (così sortendo anche effetti di calmierazione dei prezzi dei voli).

Mette conto, da ultimo, precisare che la limitazione di responsabilità del vettore aereo per i danni de quibus non può essere sospettata di incostituzionalità.

È noto, infatti, che "la regola generale dell'integrità della riparazione ed equivalenza al pregiudizio cagionato a chi sia stato non iure danneggiato non ha copertura costituzionale, atteso che in casi eccezionali, verificabili sia nel campo della responsabilità contrattuale sia in materia di responsabilità extracontrattuale, il legislatore può

legittimamente ritenere equa e conveniente una limitazione del risarcimento del danno, purché la riduzione del risarcimento dipenda dall'equilibrato componimento, assicurato dalla norma di conformazione del medesimo danno risarcibile, degli opposti interessi in gioco (Corte Costituzionale 2.11.1996, n. 369; nello stesso senso Cass. Civ., SS. UU., 14.4.2003, n. 5902; Corte Eur. Dir. Uomo, 6.4.2004).

L' equilibrato componimento che la Convenzione di Montreal ha inteso assicurare, per quanto qui rileva, con riferimento ai danni derivanti dalla distruzione, smarrimento o deterioramento dei bagagli, è di facile intuizione, alla luce della natura statisticamente bagatellare dei pregiudizi conseguenti a tali eventi da un lato, ed alla esigenza sopra evidenziata di consentire ai vettori aerei di esercitare la loro attività imprenditoriale con costi (anche assicurativi) programmati e certezza di utili (così sortendo anche effetti di calmierazione dei prezzi dei voli) dall'altro.

Non è un caso che la stessa Convenzione di Montreal preveda che il limite risarcitorio sopra detto non si applichi, laddove il passeggero renda una "dichiarazione speciale di interesse alla consegna a destinazione", pagando un'eventuale tassa supplementare, nel qual caso "il vettore sarà tenuto al risarcimento sino alla concorrenza della somma dichiarata".

Tale previsione, infatti, consente di raggiungere un equilibrato componimento dei contrapposti interessi in gioco anche laddove il danno derivante dallo smarrimento del bagaglio possa, in ragione della sua natura o delle cose in esso contenute, avere un'incidenza superiore a quella ordinariamente presumibile.

Da ultimo mette conto di precisare che tutte le considerazioni sopra svolte, partendo dalla qualificazione della domanda attorea siccome contrattuale, non mutano laddove essa sia configurata come aquiliana, in virtù dell'ampia clausola di equivalenza di cui all'art. 29 della Convenzione (di cui pure si è detto sopra).

Alla luce delle considerazioni che precedono, la domanda attorea deve essere solo parzialmente accolta e, per l'effetto, la convenuta va condannata al pagamento, a titolo di risarcimento danni, della somma di € 1.131,00 (esclusi rivalutazione ed interessi, componenti del danno così legalmente "limitato").

Non può essere disposta la pubblicazione della sentenza sulle riviste indicate dall'attrice, in quanto trattasi di tutela riparatoria del danno morale apprestata da norme speciali non applicabili alla controversia in esame, ed in via generale, in ipotesi di reato, dall'art. 185 c.p. all'esito di processo penale.

Le spese di lite seguono la soccombenza della convenuta e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale, in funzione di Giudice unico, ogni altra istanza, domanda ed eccezione disattese, definitivamente pronunciando, così provvede:

1. accoglie per quanto di ragione la domanda risarcitoria attrice e, per l'effetto, condanna la convenuta, in persona del legale rappresentante p.t., a pagare agli attori la somma di € 1.131,00;
2. condanna la convenuta, in persona del legale rappresentante p.t., alla refusione in favore degli attori delle spese di lite, che liquida in complessivi € 1.470,00, di cui € 197,20 per

spese ed € 660,00 per competenze, oltre iva, cpa e spese generali come per legge.

Così deciso in Marsala, lì 5.4.2007

Il Giudice dott. Pier Luigi Tomaiuoli

*****

X. Tribunale di Palermo, sentenza 31 maggio 2007, Columbia Turismo s.r.l (Avv.ti M.G. Ferraù e C. Srubek Tomassy) c. Tripodo M. (Avv. S. Mancuso) e Fenicia Viaggi s.r.l. (Avv.ti E. Gullo e P.Martorana), Giudice Di Pisa

E' vessatoria la clausola che attribuisce all'organizzatore di viaggio professionista la facoltà di recesso dal contratto senza subire alcuna perdila per "mancato raggiungimento del numero minimo di partecipanti", potere che può esercitare a sua "insindacabile discrezione" atteso che manca in contratto ogni riferimento a quale sia "il numero minimo" , al di sotto del quale il viaggio può essere annullalo e difetta, altresì, il richiamo al limite temporale, vale a dire il giorno entro il quale detto "numero minimo" deve essere individuato dal tour operator.

Non può negarsi che trattasi di clausola espressione del prepotere contrattuale dei tour operator, la quale determina un forte squilibrio a danno del contraente debole, quale è tipicamente il cliente.

Lo 'sbilanciamento' che per tale via viene a concretizzarsi lungi dal contemperare gli interessi della parti, rappresenta una chiara esplicazione del potere 'normativo' del soggetto 'forte' il quale viene ad imporre alla controparte, una posizione di netto svantaggio.

Essendo palese lo squilibrio fra le posizioni, non può non riconoscersi la natura vessatoria della clausola de qua ed i conseguenziali obblighi restitutori a carico del professionista, stante il legittimo recesso esercitato dal consumatore per ragioni di forza maggiore (ricovero di urgenza per grave emorragia).

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
Terza Sezione Civile

Il Giudice Dott. Fabio Di Pisa
ha emesso la seguente

S E N T E N Z A

nella causa iscritta al n. 8999/2005 R.G.

TRA

Columbia Turismo s.r.l. in persona del suo legale rappresentante elettivamente domiciliata ai fini del presente giudizio in Palermo Via Tunisi n. 11 presso lo studio dell' Avv. Maria Giovanna Ferraù che la rappresenta e difende, unitamente all' Avv. Chiara Srubek Tomassy del Foro di Roma, giusta procura a margine dell' atto di appello

APPELLANTE

Contro

Margherita Tripodo elettivamente domiciliata ai fini del presente giudizio in Palermo Piazza Castelnuovo n. 42 presso lo studio dell' Avv. Salvatore Mancuso che la rappresenta e difende giusta procura a margine della comparsa di costituzione.

APPELLATA ED APPELLANTE IN VIA INCIDENTALE

Nonché

Fenicia Viaggi S.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro-tempore elettivamente domiciliata ai fini del presente giudizio in Palermo Piazza Vittorio Emanuele Orlando n. 6 presso lo studio degli Avv.ti Elisa Gullo e Pietro Martorana che la rappresentano e difendono giusta procura a margine della comparsa

APPELLATA

CONCLUSIONI : le parti concludono in atti

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione in data 1.7.2003 Margherita Tripodo conveniva in giudizio innanzi al Giudice di Pace di Palermo la Fenicia Viaggi s.r.l, esponendo che aveva acquistato presso la società convenuta, titolare di una agenzia di viaggi, un pacchetto turistico versando il complessivo importo di euro 1.761,00.

Rilevava che due giorni prima della partenza era stata ricoverata con urgenza presso l'ospedale Policlinico di Palermo, ragione per quale aveva comunicato, anche a mezzo telegramma, la impossibilità di partecipare al viaggio programmato.

Osservava che, nonostante i reiterati solleciti, la società convenuta si era rifiutata di restituirle la somma già interamente corrisposta.

Deduceva che il contratto de quo doveva ritenersi nullo per difetto di forma scritta necessaria ai sensi del D.Lvo 111/1995 o che, comunque, lo stesso doveva ritenersi risolto ex art. 1463 c.c. ovvero ex art. 1467 c.c..

Tanto premesso chiedeva dichiararsi la nullità ovvero risolversi per impossibilità sopravvenuta eccessiva onerosità sopravvenuta il contratto de quo e, conseguentemente, condannarsi la società

convenuta alla restituzione della somma di euro 1.761,00 oltre interessi e rivalutazione.
In via subordinata chiedeva la condanna della convenuta al pagamento della detta somma ex art. 2033 c.c..
Si costituiva la Fenicia Viaggi s.r.l. la quale eccepiva il proprio difetto di legittimazione passiva in quanto la stessa era intervenuta quale mera intermediatrice fra l' attrice e il Tour Operator Columbia Turismo s.r.l. (della quale chiedeva la chiamata in garanzia) ed instava per il rigetto delle domande attoree.
Chiamata in causa la Columbia Turismo s.r.l. la stessa costituitasi eccepiva il difetto di legittimazione attiva della Tripodo la quale non era parte del contratto e chiedeva rigettarsi le domande attoree.
Istruita la causa, il Giudice di Pace, con sentenza del 24 Marzo/11 Aprile 2005, nel rilevare la natura abusiva e vessatoria dell' art. 6) delle condizioni generali del contratto in tema di recesso oneroso del viaggiatore, condannava la Columbia Turismo s.r.l. a restituire alla Tripodo la somma di euro 1.484,20 (tenuto conto degli importi già in precedenza rimborsati), dichiarando interamente compensate fra tutte le parti le spese di lite.
Avverso la suindicata sentenza ha interposto gravame la Columbia Turismo s.r.l. con atto di citazione notificato in data 22.6.2005.
Margherita Tripodo, nel costituirsi, ha chiesto il rigetto dell'appello principale, proponendo a sua volta appello incidentale.
La Fenicia Viaggi s.r.l., costituitasi, ha resistito al gravame chiedendo la intergale conferma della sentenza impugnata.

Sulle conclusioni definitive delle parti, la causa è stata posta in decisione e, decorsi i termini assegnati ex art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle repliche, è stata decisa in data 31.5.2007.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Osserva il decidente che, con il primo motivo di gravame, l'appellante lamenta la erroneità della decisione impugnata per avere il giudice di prime cure affermato la natura vessatoria ex art. 1469 bis n. 5 della clausola delle condizioni generali di contratto in forza della quale era previsto il pagamento di una penale a carico del contraente nell' ipotesi di recesso dal contratto di viaggio. Tale censura, ad avviso di questo giudice, non coglie nel segno.

Va, innanzitutto, evidenziato che secondo quanto statuito dall'art. 1469 bis n. 5 cod.civ., vigente all' epoca dei fatti, si presume vessatoria la clausola che abbia per effetto quello di "consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest' ultimo non conclude il contratto e ne recede, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest' ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere".

Orbene mentre secondo le condizioni generali di viaggio il consumatore, fatte salve le ipotesi ivi espressamente previste (aumenti del prezzo del pacchetto, slittamento della data di partenza, modifiche essenziali del contratto) quale receda, per qualunque ragione, perde tutte le somme versate (via via crescenti in relazione all' approssimarsi della data della partenza) il Tour Operator ha, di fatto, ampia facoltà di recesso

senza dovere corrispondere alcunché (a parte il semplice rimborso delle somme versate).
In seno a detto contratto è, infatti, previsto che "Nell' ipotesi in cui, prima della partenza, l'organizzatore comunichi per iscritto la propria impossibilità di fornire uno o più servizi oggetto del pacchetto turistico proponendo una soluzione alternativa, il consumatore potrà esercitare alternativamente il diritto di riacquistare la somma già pagata o di godere dell'offerta di una pacchetto turistico sostitutivo. Il consumatore potrà esercitare i diritti su previsti anche quando l'annullamento dipenda dal mancato raggiungimento del numero minimo di partecipanti previsto in catalogo o nel programma fuori catalogo o da casi di forza maggiore o caso fortuito relativi al pacchetto turistico acquistato. Per gli annullamenti diversi da quelli causati da caso fortuito, forza maggiore o da mancato raggiungimento del numero minimo di partecipanti nonché per quelli diversi dalla mancata accettazione da parte del consumatore del pacchetto turistico alternativo offerto ai sensi del precedente art. 7, l'organizzatore che annulla ex art. 1469 bis, n. 5) c.c. restituirà al consumatore il doppio di quanto pagato ed incassato dall'organizzatore tramite agente di viaggio".
È di intuitiva evidenza che l' organizzatore ha un amplissimo potere di recedere dal contratto senza subire alcuna perdita per "mancato raggiungimento del numero minimo di partecipanti", potere che può esercitare a sua 'insindacabile discrezione' atteso che manca in contratto ogni riferimento a quale sia "il numero minimo" al di sotto del quale il viaggio può essere

annullato e difetta, altresì, il richiamo al limite temporale, vale a dire il giorno entro il quale detto "numero minimo" deve essere individuato dal tour operator.
La eventualità dell'obbligo del pagamento del doppio del prezzo versato da parte dell'organizzatore sostanzialmente non sussiste, potendo il medesimo sempre fare valere il suo potere di recesso per "mancanza del numero minimo".
Non può negarsi che trattasi di clausola, espressione del prepotere contrattuale dei tour operator, la quale determina un forte squilibrio a danno del contraente debole, quale è tipicamente il cliente.
Lo 'sbilanciamento' che per tale via viene a concretizzarsi lungi dal contemperare gli interessi della parti, rappresenta una chiara esplicazione del potere 'normativo' del soggetto 'forte' il quale viene ad imporre alla controparte, una posizione di netto svantaggio.
Essendo palese lo squilibrio fra posizioni in tema di recesso dei contraenti non può non convenirsi con le conclusioni cui è pervenuto il primo giudice circa la natura vessatoria della clausola de qua ed i consequenziale obblighi restitutori stante il legittimo recesso esercitato dalla Tripodo per ragioni di forza maggiore (ricovero con urgenza per grave emorragia, giusta documentazione sanitaria versata in atti).
In ragione della violazione del dettato di cui al richiamato art. 1469 bis n.5 cod.civ. appare inconferente il richiamo operato dall' appellante all' art. 20 della Legge 1084/1977 [dovendosi precisare che la Columbia Turismo s.r.l. non ha avanzato in primo grado alcuna domanda diretta

al riconoscimento di un “indennizzo” in proprio favore].

Osserva, infine, il decidente che appare inammissibile la censura di parte appellante relativa alla asserita omessa pronunzia in ordine alla eccezione formulata dalla medesima circa la violazione da parte della Fenicia Viaggi s.r.l. dei principi di rappresentanza.

Va premesso che la Columbia Turismo s.r.l. non ha contestato nel corso del giudizio di primo grado la titolarità sotto il profilo passivo del rapporto dedotto in giudizio.

In seno alla comparsa di risposta la stessa fa, invero, riferimento al “contratto di viaggio stipulato con la Columbia Turismo per il tramite della Fenicia Viaggi (v. comparsa pag. 3), precisando, poi, [al fine di confutare la tesi attorea circa la nullità del contratto per difetto di forma scritta] che essa “ha rispettato scrupolosamente le prescrizioni” di legge e che ha consegnato il documento di viaggio contenente tutte le indicazioni prescritte dalla legge (cfr. doc. all.1) [documento proveniente dalla Columbia Turismo] al Dott. Ruscazio il quale, nella qualità di Presidente del Rotary Club Palermo ovest ebbe a stipulare il contratto oggetto di causa (v. comparsa pag. 3).

Nella memoria in data 17.5.2004 la società odierna appellante ha precisato espressamente che “Uniche parti del contratto sono il Rotary Club di Palermo e la Columbia Turismo” (pag. 5).

Orbene va evidenziato che la legittimazione ad agire costituisce una condizione dell'azione, una condizione, cioè, per ottenere dal giudice una qualsiasi decisione di merito, la cui esistenza è da riscontrare esclusivamente alla stregua della

fattispecie giuridica prospettata dall'azione, prescindendo dalla effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa, onde appartiene al merito della causa l' accertamento in concreto se l'attore e il convenuto siano, rispettivamente dal lato attivo e dal lato passivo, effettivamente titolari del rapporto fatto valere in giudizio. Ne consegue che, a differenza della "*legitimatio ad causam*", intesa come il diritto potestativo di ottenere dal giudice, in base alla sola allegazione di parte, una decisione di merito, favorevole o sfavorevole, la eccezione relativa alla concreta titolarità del rapporto dedotto in giudizio attiene al merito, e non è rilevabile d'ufficio, ma deve essere tempestivamente formulata (Cassazione civile, sez. III, 23 febbraio 2000, n. 2049).

La suddetta contestazione volta a dimostrare che sarebbe direttamente responsabile nei confronti del turista l' agente di viaggio (la Fenicia s.r.l., in quanto non avrebbe comunicato il nome e l' indirizzo dell' organizzatore e di agire quale intermediario), tardivamente sollevata, appare, pertanto, priva di rilevanza.

L' appello principale deve, conseguentemente, essere respinto.

Dovendosi ritenere, sulla scorta delle considerazioni che precedono nonché sulla base emergenze processuali che la Fenicia s.r.l. ha agito quale mero soggetto intermediario del tour operator la stessa non può essere condannata, in solido, alla restituzione delle somme versate in relazione al contratto de quo.

Considerato, infine, che in materia di procedimento civile, la facoltà del giudice di compensare in tutto o in parte le spese del giudizio non è necessariamente legata alla

posizione di reciproca soccombenza, totale o parziale, delle parti in causa e che i giusti motivi in considerazione dei quali si può addivenire alla suddetta compensazione sfuggono, per loro stessa natura, a qualsiasi enunciazione o catalogazione anche soltanto esemplificativa e l'indagine in ordine alla loro ricorrenza, nonché la relativa valutazione, sono rimesse al giudice di merito cui è inibito soltanto di condannare alle spese, anche in minima parte, la parte totalmente vittoriosa (Cassazione civile, sez. lav., 22 aprile 2000, n. 5305) deve essere rigettato il secondo motivo dell' appello incidentale inerente la contestata compensazione delle spese processuali di primo grado.

Anche in ragione del fatto che il profilo di vessatorietà della clausola de qua è stato rilevato ex officio, non appare censurabile la decisione del primo giudice il quale ha compensato interamente le spese di lite.

Anche l' appello incidentale va rigettato, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

In applicazione del principio della soccombenza la società appellante va condannata al pagamento delle spese processuali del presente grado di giudizio che si liquidano in favore di ciascuna delle parti appellate in complessivi euro 731,25 di cui euro 331,25 per diritti oltre iva e cpa e rimborso per spese generali ai sensi della vigente TF.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite nell'ambito dell'odierno giudizio fra la Tripodo e la Fenicia Viaggi s.r.l.

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione respinta, rigetta

l'appello principale proposto dalla Columbia Turismo s.r.l. con atto di citazione notificato in data 22.6.2005 avverso la sentenza del Giudice di Pace di Palermo resa inter partes in data 24 Marzo/11 Aprile 2005 nonché l'appello incidentale avanzato da Margherita Tripodo con comparsa depositata in data 11.10.2005 avverso la medesima pronunzia, che per l'effetto conferma integralmente.

Condanna la società appellante a pagare a ciascuna delle parti appellate le spese processuali del presente grado di giudizio liquidate per ogni parte in € 731,25 oltre iva e cpa e rimborso per spese generali ai sensi della vigente TF.

Così deciso in Palermo in data 31 Maggio 2007.

*****

XI. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 14 settembre 2007 n. 1753, D'Onofrio L. (Avv. A. Palmigiano) c. Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. (Avv. F. Ferrazzoli), Giudice Spagnolo

In caso di mancata consegna del bagaglio non può ritenersi risarcibile ogni danno patrimoniale emergente o provato in atti: il risarcimento risulta contrattualmente fissato e limitato, in assenza di dichiarazione di dichiarazione di valore al check-in ovvero di stipula di apposita assicurazione per detto bagaglio in fase di imbarco, a 1000 DSP.

La contestazione relativa al bagaglio registrato deve essere scritta ed inoltrata immediatamente, mediante reclamo su appositi moduli (Property Irregularity Reports) che devono essere resi disponibili presso l'assistenza bagagli, la compagnia aerea o il gestore aeroportuale, ovvero entro 21

giorni dalla data in cui il bagaglio è stato messo a disposizione del passeggero.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI PALERMO
Ottava Sezione Civile

Nella persona della Dott.ssa Maria Spagnolo, in funzione di Giudice di Pace, che ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta ai n°1886/2007 del Ruolo Generale degli affari contenziosi civili

TRA

D'Onofrio Liliana, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Palmigiano ed elettivamente domiciliati in Palermo, via Wagner n°9, presso lo studio del detto avvocato

ATTRICE

E

Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A., in persona del Dr. Leopoldo Luigi Conforti n.q. di General Counsel e del procuratore speciale Dr Paolo Cucculelli n.q. (giuste procure rispettivamente del 24.02.2005 e del 28.02.2005), conferite con atto pubblico in Roma, notar Paolo Silvestro, rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Ferrazzoli del foro di Roma che la rappresenta e difende giusta procura in calce all'originale della comparsa di costituzione e risposta, elettivamente domiciliata in Palermo, via XX Settembre n°29, presso lo studio dell'avv. Antonio D'Asaro.

CONVENUTA

OGGETTO: Risarcimento danni – Condannatorio per inadempimento contrattuale

CONCLUSIONI DELLE PARTI PER GLI ATTORI

Voglia il G. D.P.

- Ritenere e dichiarare che la responsabilità del danno occorso alla attrice a causa della mancata consegna del bagaglio è imputabile unicamente alla convenuta società inadempiente;
- Condannare la convenuta al risarcimento in favore dell'attrice della somma quantificata in € 2500,00 per danno patrimoniale e, complessivamente, per danno morale-esistenziale, come dedotto in atto di citazione;
- Condannare controparte al pagamento di spese e competenze del giudizio, oltre IVA e CPA.

PER LA CONVENUTA

Voglia il G.d. P.
- Preliminarmente ritenere e dichiarare l'inammissibilità della domanda attrice, se non nei limiti contrattuali;
- In via subordinata, rigettare le domande attrici in quanto infondate;
- Condannare controparte al pagamento di spese e competenze del giudizio, oltre IVA e CPA.

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO:

Con atto di citazione notificato il 17.11.2006 l'attrice conveniva in giudizio la Alitalia S.p.A. per ottenere il ristoro dei danni subiti a causa della mancata consegna del bagaglio in occasione del viaggio aereo con volo Alitalia Palermo/Roma AZ1776 del 04.08.2006.

Assumeva l'attrice che a causa del disservizio fu costretta a trattenere il taxi che la doveva accompagnare presso il luogo di vacanza e provvedere all'acquisto di tutto il necessario nonché di capi di vestiario in sostituzione di quelli smarriti e mai restituiti.

Affermava, infine, che a causa dello stress il godimento della vacanza, durata dodici giorni, era stato scemato e per tale motivo si richiedeva anche

il risarcimento del danno esistenziale patito che si chiedeva di quantificare in via equitativa.
Alla prima udienza del 12.02.2007, il difensore della convenuta si costituiva e le parti chiedevano, breve rinvio ai sensi dell'art. 320, VI comma, c.p.c., in presenza di richieste istruttorie ulteriori.
All'udienza di rinvio del 05.04.2007 parte attrice depositava documentazione in relazione alle condizioni di contratto, nonché corrispondenza con la Alicos, società delegata dalla Alitalia alla definizione transattivi della controversia. In questa era inclusa missiva con la quale si proponeva il pagamento di € 450,00 per la chiusura della vicenda. A tale proposta l'attrice non aveva aderito, in quanto riteneva maggiore il danno patito, la cui liquidazione del danno patrimoniale non doveva avvenire transattivamente, ma in base ai canoni della normativa applicabile, chiedeva così darsi luogo all'ammissione delle prove per testi.
Tale richiesta veniva rigettata dal giudice perché le circostanze oggetto della prova erano irrilevanti e superflue, in base alla documentazione già in atti, nonché perché inammissibile, dovendo vertere non su circostanze direttamente conosciute dai testi, ma su conoscenze indirette di fatti che non possono avere diversa qualificazione e quantificazione da quella contrattuale.
Alla udienza del 24.05.07 il G.d.P., sulla base delle conclusioni precisate da parte attrice poneva la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In relazione al merito della questione proposta può precisarsi che la disciplina applicabile non può essere quella della C.C.V., Convenzione Internazionale relativa al contratto di viaggio, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 27

Dicembre 1977 n. 1084. Tale convenzione di Bruxelles ha costituito il primo concreto intervento normativo per la realizzazione, in ambito internazionale, di una disciplina uniforme ed armonizzata in materia di contratto di viaggio, volto alla tutela del consumatore-viaggiatore, sia nel rapporto bilaterale "organizzatore di viaggio-viaggiatore", che nella forma trilaterale 'organizzatore-intermediario-viaggiatore' e fa sì che assuma rilievo anche il c.d. 'danno da vacanza rovinata' ormai entrato nella consueta valutazione rispetto a tali tipi contrattuali a causa dell'avvenuto superamento concettuale che vi fosse necessità, per il riconoscimento di un pregiudizio costituente danno non patrimoniale, la sussistenza di un fatto reato collegato all'attività svolta.

Tale danno, configurabile come un vero e proprio danno morale, essendo stata violata la libertà personale in relazione allo svolgimento della vacanza necessaria per il rigeneramento personale. Non potuta pienamente essere goduta la vacanza per cause imputabili a fatto o comportamento di altro soggetto (imprenditore-organizzatore della vacanza), sorge il diritto al ristoro del danno così patito in lesione delle proprie aspettative. Solo in tale visione è possibile la valutazione in maniera autonoma del detto danno, rispetto al danno patrimoniale, dovuto ad inesatta esecuzione della prestazione di organizzazione del viaggio. Tale normativa appare applicabile, quindi, unicamente ai complessivi rapporti rientranti nell'attività turistica, (e non di mero trasporto) come insieme di attività coordinate al fine di fruire e godere di una vacanza. In tale contesto di attività diventa

rilevante l' “interesse” (e non il motivo del viaggio che deve permanere estraneo al rapporto contrattuale) che muove le parti a contrarre portando alla valutazione della conseguente lesione di tale interesse. È il codice stesso che all'art. 1174 c.c. in relazione all'interesse precisa che "la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore”. Nel caso che ci occupa, invece, ciò che viene in rilievo è unicamente il contratto di trasporto (aereo nel caso de quo) per il quale l'utente trova tutela nella “Carta dei Diritti del Passeggero” con regolazione del rapporto contrattuale nelle Condizioni Generali di Trasporto (CGT), un estratto del quale deve essere riportato in allegato al biglietto ed assume generalmente la dizione di Condizioni di Contratto". Appare così regolata anche la responsabilità relativa al bagaglio nei trasporti internazionali (con primigenia previsione nella Convenzione di Varsavia del 1929 e protocolli aggiuntivi) o nazionali. L'art. 941 del codice della navigazione prevede che al trasporto aereo di persone e bagagli sia regolato dalle norme comunitarie ed internazionali in vigore nella Repubblica. In questo senso trova applicazione la disciplina contenuta nella Convenzione di Montreal del 1999, in relazione alla responsabilità del vettore aereo che, all'art. 17, prevede la responsabilità del vettore aereo per danni derivanti dalla distruzione, perdita o deterioramento del bagaglio consegnato, per il fatto stesso che l'evento ha causato la distruzione, perdita o deterioramento si è verificato durante in periodo che il vettore aveva in custodia il bagaglio

consegnato. Nella previsione del 1929 per lo smarrimento o i danni al bagaglio registrato e consegnato al momento dell'accettazione, il passeggero aveva diritto, da parte della compagnia aerea, ad un risarcimento fino a 17 Diritti Speciali di Prelievo (DSP) (pari circa agli attuali 24 Euro per chilogrammo), salvo il caso di maggior dichiarazione di valore. La più recente ed adeguata normativa limita in danno emergente (ritenuto che trascorsi 21 giorni dalla data di riconsegna il bagaglio deve ritenersi smarrito) a 1000 diritti speciali di prelievo (ritenuto ogni diritto di prelievo pari ad € 1,167), dovendosi limitare contrattualmente la quantificazione del danno, in assenza di dichiarazione di valore al check-in o di stipula di assicurazione per il detto bagaglio. La contestazione relativa ai bagaglio registrato deve essere scritta ed immediatamente inoltrata (o entro 21 giorni dalla riconsegna per i casi di ritardo nella riconsegna nel traffico internazionale) al momento della riconsegna o quando questa doveva essere effettuata su appositi moduli (Property Irregularity Reports) che devono essere resi disponibili presso l'assistenza bagagli, la compagnia aerea o il gestore aeroportuale. Sussiste, infine, diritto di riscontro al reclamo, che deve avvenire per iscritto ed entro 30 giorni dal protocollo del reclamo, con possibilità proposizione di conciliazione extragiudiziale. Eventuali violazioni e segnalazioni possono essere proposte alle Direzioni di Circoscrizione Aeroportuale dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile, ubicate all'interno degli aeroporti. Passando alla valutazione del danno risarcibile nel caso di mancata consegna del bagaglio quindi non può ritenersi risarcibile ogni

danno patrimoniale emergente o provato in atti: il risarcimento risulta contrattualmente fissato e limitato, in assenza di dichiarazione o assicurazione in fase di imbarco, in € 1.167,00, par, come detto a 1000 unità diritti speciali di prelievo. Diversamente deve statuirsi in relazione ai chiesti danni indiretti o conseguenti. Infatti la convenuta non è agente di viaggi, responsabile del complessivo godimento di una vacanza. Diversamente statuendo si dovrebbe poter riconoscere diverso trattamento per diversi utenti a causa dei motivi di viaggio. Ovvero, potrebbe riconoscersi danno extrapatrimoniale in favore dell'utente che deve andare in vacanza rispetto a quello che deve tornare a casa o, ad esempio, dell'utente che perde l'occasione di lavoro per ritardo o volo cancellato. In tali casi soccorrono proprio le Condizioni Generali di Contratto di Trasporto al cui art. 3 (Norme Comuni) in relazione alla prova del danno (lettera (e) del testo) che chiarisce che la responsabilità del vettore non può superare l'ammontare del danno provato. Il vettore, inoltre, non è responsabile dei danni indiretti o consequenziali.

Ulteriore danno rispetto a quello enunciato non appare provato e pertanto deve rigettarsi ogni richiesta di danno da "stress" per l'accaduto, richiesto da parte attrice. Il danno per la mancata consegna dei bagaglio deve trovare quantificazione nelle stesse Condizioni di Contratto che indicano l'importo risarcibile genericamente per “danni” al bagaglio registrato prevedendo una modalità di calcolo,già superiormente indicata, che porta alla superiore determinazione da liquidarsi in favore dell'avente diritto sig.ra D'Onofrio.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace, ogni contraria istanza ed eccezione respinta: definitivamente pronunciando, così provvede: dichiara la Alitalia Linee Aree Italiane S.p.A. responsabile per i danni cagionati a seguito della violazione del contratto di trasporto come in parte motiva meglio specificato;

condanna la Alitalia Linee Aree Italiane S.p.A., in persona del legale rapp. pro-tempore al pagamento delle somme appresso indicate in favore di D' Onofrio Liliana: Euro 1.167,00 quale risarcimento per danno contrattuale per la mancata restituzione del bagaglio; rigetta ogni ulteriore richiesta di risarcimento perché infondata; dichiara dovute da parte convenuta le spese e competenze del presente giudizio in favore dell'attrice che si liquidano in € 317,00 per onorari di avvocato, € 542,50 per diritti di procuratore, € 78,00 per spese oltre aumento pari al 12,50% ex art. 14 L.T.F. oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge.

Così deciso in Palermo il 24.05.2007

*****

XII. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 17 gennaio 2008, Conti M.I. (Avv. A. Palmigiano) c. Eurofly S.p.A. (Avv.ti Trotti e Zammiti) e Air Italy S.p.A. (Avv. S. Marca e G. Borgnoni Vimercati). Giudice De Simone

È responsabile per violazione delle regole di correttezza e buona, fede nell'esecuzione del

contratto, il vettore aereo che, dopo la vendita del biglietto aereo al consumatore, abbia stipulato un contratto di subcharter, i cui contenuti, in termini di sistemazione a bordo (classe di posto) e di programma di volo erano consapevolmente non rispondenti al prodotto venduto. Sussiste la responsabilità del vettore aereo ai sensi dell'art. 19 della Convenzione di Montreal per il ritardo del volo tutte le volte in cui questi non prova di avere adottato tutte le misure che potevano essere ragionevolmente chieste per evitare il ritardo e, quindi, il danno da esso derivante.

Qualora il passeggero, a causa di tale ritardo non giustificato, abbia perso un altro volo e sia stato costretto ad acquistare un altro biglietto aereo, il vettore è tenuto al rimborso del costo di acquisto del nuovo biglietto. La sistemazione del passeggero in una classe inferiore, e dunque il minore comfort derivante dalla diversa classe di posto, costituisce un disagio che va ricondotto alla modifica del prodotto unilateralmente decisa dalla compagnia aerea in totale violazione degli obblighi contrattualmente assunti e del prescritto dovere di informazione nei confronti del contraente/consumatore.

Nel caso di sistemazione del passeggero in classe inferiore, il vettore, secondo quanto previsto dall'art. 10, comma secondo, lett. c) Regolamento CE 261/2004, è obbligato a risarcire il passeggero del 75% del costo del biglietto aereo.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI PALERMO

Il Giudice di Pace della V Sezione Civile, dott. Alfonso De Simone, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 38/07 del Ruolo Generale degli Affari

Civili Contenziosi promossa

DA

Conti Maria Irene, elettivamente domiciliata a Palermo in via R. Wagner n. 9 presso lo studio dell'avv. Alessandro Palmigiano, che la rappresenta e difende per procura a margine dell'atto di citazione

ATTRICE

Contro

Eurofly S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore sig. Giovanni Rossi, rappresentata e difesa, unitamente e disgiuntamente, giusta procura a margine della comparsa di costituzione, dagli avv.ti Antonio Trotti del foro di Milano e Giuseppe Zammitti del foro di Palermo ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Palermo via La Lumia n. 11

CONVENUTA

e nei confronti di

Air Italy S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore dr. Giuseppe Gentile, elettivamente domiciliata a Palermo in via Giovanni Pacini n. 12 presso lo studio dell'avv. Simonetta Maruca che la rappresenta e difende, unitamente e disgiuntamente all' avv. Gianbenso Borgognoni Vimercati del Foro di foro di Roma, giusta delega a margine della comparsa di costituzione

CHIAMATA IN GIUDIZIO

Oggetto: Condannatorio

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato il 02/11/2006, la sig.ra Conti Maria Irene ha premesso di aver acquistato il volo Eurofly n. GJ 3252 in "style class" con partenza da Roma alle ore 00.35 del 17/08/2006 ed arrivo a Mombasa (con scalo tecnico a Zanzibar) alle ore 11.05 successive e con previsto ritorno con il volo GJ3253 del 31/08/2006 in partenza da Mombasa alle ore 12.40 ed arrivo a Roma alle ore 19.10.

Ha aggiunto che, in sede di partenza, apprendeva che il volo sarebbe stato effettuato, anziché con il programmato aeromobile Airbus A 330-200 della Eurofly, con l'aeromobile Boing 767 della Air Italy, dotato di sola classe "economy" con inevitabile ricadute in termini di conforto e conseguenti disagi per l'stante, sofferente di claustrofobia e attacchi d'ansia.

A Zanzibar, dove l'aeromobile giunse alle ore 09.15 del mattino e dove era previsto uno scalo tecnico di una sola ora, l'istante apprendeva che la sosta si sarebbe protratta per quasi 14 ore e che i passeggeri, in attesa della partenza programmata per le ore 22.30 successive, sarebbero stati trasferiti presso un albergo locale, rivelatasi una struttura fatiscente e in pessime condizioni igieniche.

Ha precisato che, a seguito di estenuanti reclami, veniva trasferita – unitamente agli altri passeggeri – presso un altro albergo trovando sistemazione nella sala di ingresso, senza possibilità di riposare né di rinfrescarsi e senza ottenere un minimo di assistenza, fatta eccezione per il pasto del pranzo, mentre le bibite e la cena furono a carico dell'attrice con un costo di curo 9.00.

Ha aggiunto che l'aeromobile, ripartito da Zanzibar alle ore 22.30, giungeva a Mombasa alle ore 23.00

successive con un ritardo di quasi 12 ore sull'orario contrattualmente previsto e che tale disguido, oltre ai disagi e costi già evidenziati, comportava la perdita di un giorno di locazione della casa di Mombasa (pari ad euro 55,00) e un maggiore esborso per tariffa notturna del servizio taxi (pari ad euro 30,00).

Ha, inoltre, riferito che la partenza da Mombasa del giorno 31/08/2006 avveniva alle ore 15.30 con un ritardo di tre ore rispetto all'orario programmato e che tale ulteriore disguido comportava la perdita del volo Roma - Palermo delle ore 21.40, precedentemente acquistato, con la conseguente necessità di sopportare un'ulteriore spesa di euro 109,00 per l'acquisto del biglietto sul volo Windjet n. 5642/D in partenza da Roma alle ore 23.35.

Ha chiarito che la società convenuta, in risposta a specifica richiesta di risarcimento, offriva un biglietto di andata e ritorno gratuito per una destinazione Eurofly di medio o lungo raggio da utilizzare entro il 30/04/2007 disattendendo gli obblighi risarcitori prescritti dalla legge in capo ai vettori aerei in caso di violazione dei diritti dei passeggeri.

Ha prodotto documentazione ed ha concluso chiedendo:

- ritenere e dichiarare la Eurofly S.p.A. responsabile dell'inesatto adempimento delle obbligazioni inerenti il contratto di trasporto aereo relativo al volo GJ 3252 Roma — Mombasa del 17/08/2006 ed al volo GJ 3253 Mombasa — Roma del 31/08/2006;
- ritenere e dichiarare la Eurofly S.p.A. responsabile della violazione dell'art. 10 comma 2 lett. c del Regolamento CE n. 261/2004 per non aver corrisposto all'attrice la prevista

compensazione pecuniaria per la sistemazione in classe inferiore e per il ritardo;
- ritenere e dichiarare la Eurofly S.p.A. responsabile della violazione degli obblighi di assistenza e informazione sanciti dagli artt. 8 e 9 Regolamento CE n. 261/2004;
- condannare la Eurofly S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore al pagamento in favore dell'attrice della complessiva somma di euro 1.803,00, di cui euro 600,00 pari al 75% del prezzo pagato, euro 203,00 per spese sopportate ed euro 1.000,00 a titolo di danno esistenziale o da vacanza rovinata da liquidarsi in tutto o in parte anche in via equitativa ex art. 1226c.c. e/o ex art. 96 c.p.c., oltre interessi e rivalutazione monetaria;
- la vittoria delle spese e compensi di giudizio.
La Eurofly S.p.A. ha preliminarmente chiesto la riunione del procedimento con quello incoato dal sig. Gianpaolo Salerno, compagno di viaggio dell'istante, pendente dinanzi alla stessa sede giudiziaria, ed ha controdedotto:
- che, stante la indisponibilità del proprio aeromobile per esigenze operative oggettive ed improcrastinabili, al fine esclusivo di tutelare i diritti della clientela, veniva stipulato con la compagnia Air Italy S.p.A. un accordo in base al quale quest'ultima si impegnava ad effettuare il volo Roma/Zanzibar/Mombasa del 17/08/2006;
- che tutte le doglianze dell'attrice (per ritardo, diversa sistemazione, scarsa assistenza, condizioni dell'Hotel di Zanzibar, maggiori spese sostenute) andavano imputate alla Air Italy S.p.A., quale vettore operativo;
- che per la sistemazione in una classe inferiore spetterebbe all'attrice il 50% del costo del biglietto

a mente dell'art. 10 comma 2 lett. b del Regolamento Comunitario n. 261/2004;
- che la perdita della coincidenza del volo Roma/Palermo è da imputare esclusivamente alla imprudenza e negligenza dell'attrice che, nonostante l'arrivo a Roma del volo intercontinentale intercontinentale fosse previsto per le ore 19.10, ha programmato la ripartenza per Palermo con il volo delle ore 21.30;
- che, in ordine ai voli intercontinentali, l'obbligo del vettore aereo non consiste nel garantire la massima puntualità, ma nel portare a termine il servizio di trasporto con una lieve e tollerabile differenza in eccesso, tenuto conto della distanza, alta stagione e operazioni di imbarco;
- che il danno esistenziale poteva obiettivarsi in presenza di lesione di interressi costituzionalmente garantiti;
- che il danno morale soggettivo, pur non essendo legato alla esistenza di un reato, presuppone un danneggiamento con lesione del valore della persona umana, costituzionalmente garantito;
- che il danno biologico consiste in una lesione dell'integrità psicofisica accertata mediante prova di natura medico - legale;
- che il ritardo aereo e la sistemazione in una classe inferiore non sono sufficienti a considerare sussistenti le voci di danno sopraindicate e ciò a prescindere che nessuna prova, in ordine alle lamentate lesioni, era stata fornita dall'istante;
- che le domande attoree erano inammissibili e non provate ed, in caso di accoglimento anche parziale, dovevano essere ricondotte a carico della Air Italy, di cui veniva richiesta la chiamata in giudizio.
Ha concluso chiedendo:

- in via preliminare, la riunione del procedimento con quello pendente dinanzi alla stessa sede giudiziaria ed incoato dal sig. Salerno Gianpaolo;
- sempre in via preliminare, autorizzare la società comparente a chiamare in causa la Air Italy S.p.A. per le motivazioni esposte in narrativa e per sentire accogliere le conclusioni esposte in via subordinata;
- nel merito, rigettare tutte le domande attoree in quanto infondate in fatto e in diritto ed in ogni caso inammissibili;
- in via subordinata, accertare e dichiarare che tutte le domande e pretese formulate dall'attrice facciano stato solo ed esclusivamente nei confronti della Air Italy S.p.A. e, per l'effetto, condannare la stessa al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non e al pagamento di tutte le spese e indennizzi di legge anche ex art. 10 Reg. CE n. 261/04 e per essere dalla stessa manlevata e tenuta indenne da tutte le conseguenze pregiudizievoli e da tutte le somme, comprese le spese di giudizio, da pagare eventualmente in favore dell'attrice; tutto quanto precede, e solo in via subordinata, anche nell'ipotesi in cui la terza chiamata dovesse essere ritenuta responsabile in solido, in via contrattuale ed extracontrattuale, con la società comparente.

La Air Italy s.p.a ha contestato quanto affermato dalla società chiamante ed ha controdedotto:
- che, in data 16/08/2006 (giorno precedente la programmata partenza), le due compagnie stipulavano un contratto di "subcharter", in virtù del quale la Air Italy S.p.A. si impegnava ad effettuare alcuni voli, tra cui il volo GJ3252, che la Eurofly avrebbe dovuto effettuare con i propri aerei;

- che il Boing 767 – 300, noleggiato per la effettuazione del volo Roma Zanzibar – Mombasa, disponeva unicamente di posti in classe economica e che tale circostanza ha riscontro nel testo dell' accordo;
- che la responsabilità per la sistemazione in classe inferiore è da ascrivere unicamente in capo alla Eurofly per aver noleggiato un aereo che non disponeva di "style class";
- che nel caso di voli c.d. di soccorso, come nella fattispecie, i voli vengono effettuati secondo gli orari del vettore che esegue il volo e non secondo gli orari della compagnia che ha subnoleggiato il volo stesso;
- che il programma di volo, confermato dalla Eurofly prima della partenza – contestualmente alla sottoscrizione del contratto - con "e-mail" delle ore 17.57 del 16/08/2006, prevedeva la partenza da Zanzibar alle ore 19.30 ed arrivo a Mombasa alle ore 20.15;
- che tali orari, indicati – per prassi operativa – con riferimento all'ora di Greenwich, con l'aggiunta della differenza di fuso (3 ore), corrispondono in Kenya, rispettivamente, alle ore 22.30 (19.30 + 3) e ore 23.15 (20.15 + 3);
- che la partenza da Zanzibar è avvenuta, pertanto, nel pieno rispetto del programma di volo confermato dall'Eurofly e che quanto dall'attrice percepito come ritardo è da imputare all'Eurofly per aver omesso di comunicare alla stessa la variazione delle condizioni contrattualmente convenute;
- che, a prescindere da tale puntualizzazione, l'Eurofly si era contrattualmente assunta nei confronti dell'Air Italy l'onere di sostenere tutti i

costi e le spese relative ad eventuali ritardi del volo noleggiato in quanto volo di soccorso;
- che il volo di ritorno da Mombasa non è stato effettuato dall'Air Italy e, pertanto, nessun addebito è a quest'ultima imputabile.
Ha prodotto documentazione probatoria ed ha concluso chiedendo:
- in via principale, rigettare le domande formulate dalla Eurofly nell'atto di citazione del terzo chiamato;
- in via subordinata, accertato e dichiarato — in forza di contratto di subcharter — l'obbligo della Eurofly in favore della Air Italy di sopportare tutti gli oneri, i costi e le spese derivanti da eventuali ritardi del volo GJ3252, condannare la Eurofly a manlevare e/o tenere indenne la Air Italy dal risarcimento dei danni accertati in favore dell' attrice;
- la vittoria di spese e compensi di giudizio.
Esperito infruttuosamente il tentativo di conciliazione, all'udienza del 23/11/2007, sulle conclusioni delle parti, la causa è stata spedita a sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La Eurofly S.p.A. ha preliminarmente chiesto la riunione del giudizio con quello incoato dal sig. Gianpaolo Salerno, compagno di viaggio dell'odierna attrice, pendente dinanzi alla stessa sede giudiziaria.
La richiesta, in adesione a specifica eccezione formulata dall'attrice, non è stata accolta stante la natura contumaciale assunta dall'Eurofly S.p.A. nell'altro giudizio, le decadenze per essa intervenute con riferimento sia alla chiamata di terzo che alle deduzioni istruttorie e alla

conseguente diversità delle fasi e dialettica processuali.

L'attrice, premesso di aver acquistato presso l'Eurofly S.p.A. il volo Roma/Zanzibar/Mombasa del 17/08/2006 e quello di ritorno del 31/08/2006 con sistemazione in "style class", ha lamentato che durante il viaggio di andata è stata sistemata in "economy class" con ricadute negative in termini di "comfort" in quanto sofferente di claustrofobia e attacchi di ansia e che l'arrivo a Mombasa è avvenuto alle ore 23.00 circa anziché alle ore 11.00 del mattino, in quanto lo scalo tecnico a Zanzibar, in luogo della programmata durata di un'ora, si è protratto per circa 14 ore senza ricevere la dovuta assistenza con conseguenti aggravi in termini di disagi e costi personali.

Ha aggiunto che il volo di ritorno è partito da Mombasa con un ritardo di tre ore rispetto all'orario programmato e che tale inconveniente ha comportato la perdita del volo Roma/Palermo delle ore 21.40, il cui biglietto era stato già acquistato, e la conseguente necessità di una ulteriore spesa di curo 109,00 per l'acquisto del biglietto sul volo in partenza da Roma alle ore 23.35.

L'Eurofly resiste alle pretese risarcitorie formulate dall'attrice affermando che tutte le inadempienze (per ritardo, diversa sistemazione, scarsa assistenza, e maggiori spese sostenute), registratesi durante il volo di andata (che non sono state né negate né contestate), erano da imputare all'Air Italy S.p.A., mentre ha labialmente negato che il volo di ritorno abbia registrato il ritardo lamentato dall'attrice.

L'Air Italy S.p.A. ha confermato di aver effettuato, in forza di "contratto di subcharter", stipulato con

la Eurofly S.p.A. in data 16/08/2006, il volo Roma/Zanzibar/Mombasa, ma ha negato ogni sua responsabilità evidenziando di aver fornito le prestazioni previste dal testo dell'accordo e dal relativo programma di volo.

Ha aggiunto che l'aeromobile noleggiato, il Boing 767, dispone di 328 posti, tutti appartenenti alla categoria Y (classe turistica) e che, conseguentemente, è stata fornita ai passeggeri l'unica sistemazione disponibile e contrattualmente convenuta con la compagnia noleggiatrice del volo.

Ha precisato che il volo è stato effettuato secondo gli orari del vettore di fatto, che la partenza da Zanzibar (ore 22.30 locali) e il successivo arrivo a Mombasa (ore 23.15 locali) sono avvenuti nel pieno rispetto del programma di volo approvato dall'Eurofly — contestualmente alla sottoscrizione del contratto — con e mail delle ore 17.57 del 16/08/2006 e che tali orari sono stati percepiti come ritardo avendo l'attrice, per difetto di informazione da parte dell'Eurofly (venditrice dei biglietti), fatto riferimento al programma di volo originariamente acquistato.

La documentazione prodotta è idonea ad escludere responsabilità del vettore di fatto avendo quest'ultimo fornito le prestazioni contrattualmente convenute con la compagnia noleggiatrice del volo.

Le inadempienze lamentate dall'istante vanno ricondotte alla Eurofly S.p.A., responsabile di aver stipulato un contratto di subcharter, i cui contenuti — in termini di sistemazione a bordo (classe di posto) e di programma di volo — erano consapevolmente non rispondenti al prodotto venduto all'attrice.

Le evidenziate inadempienze trascendono il piano contrattuale ed investono il generale dovere di

correttezza per aver imposto variazioni unilateralmente decise ed azzerato, per difetto di tempestiva informazione il ruolo decisionale del contraente/passeggero.

L'Eurofly S.p.A, in ordine alle richieste risarcitoria formulate dall'attrice ha contestato:

1. la misura del rimborso per la sistemazione in "economy class" affermando che esso è dovuto nella misura del 50% e non del 75% del biglietto;
2. la risarcibilità del biglietto Roma/Palermo affermando che la perdita del volo delle ore 21.30 è da imputare alla imprudenza dell'attrice per non aver messo in conto la possibilità di un lieve ritardo, attesa la distanza e il periodo di alta stagione;
3. la risarcibilità del danno non patrimoniale affermando la inesistenza dei presupposti giustificativi, quali la lesione di un interesse dei presupposti giustificativi, quali la lesione di un interesse costituzionalmente garantito e/o della integrità psicofisica documentalmente accertata.

In ordine al primo rilievo si osserva che il rimborso del 75% del costo del biglietto è correlato alla lunghezza della tratta Roma/Mombasa (superiore a 3.500 Km) e alla previsione dell'art. 10 comma 2 lett. c) del Regolamento CE n. 261/2004 (espressamente richiamato nelle Condizioni Generali di Trasporto).

L'orario tabellare può esser sicuramente disatteso in presenza di imprevisti non riconducibili alla volontà del vettore.

L'Eurofly, senza documentare né invocare alcuna circostanza esimente, riconduce e giustifica il ritardo di due ore e mezza registrato dal volo

Mombasa/Zanzibar/Roma con la distanza e con il periodo di alta stagione.
L'assunto non è condivisibile sia perché attribuisce agli orari tabellari una valenza di mera opinabilità svuotandoli dei previsti contenuti di certezza sia perché in palese contrasto con la previsione di cui all'art. 19 della Convenzione di Montreal del 28/5/1999, espressamente ribadita dall'art. 8 delle Condizioni Generali di Trasporto, che riconosce al vettore la possibilità di sottrarsi alle proprie responsabilità soltanto dimostrando di aver adottato tutte le misure che potevano essere ragionevolmente richieste per evitare il ritardo e, quindi, il danno da esso derivante.
Nella vicenda che ci occupa l'attrice, fidando nel rispetto dell'orario tabellare fissato per le ore 19.10, si è premunita - ai fini del rientro a Palermo - del biglietto sul volo in partenza dallo scalo romano alle ore 21.30.
Il margine considerato appare ragionevole ed ampiamente idoneo a coprire le fisiologiche oscillazioni legate alle operazioni di sbarco ed imbarco.
Stante l'assenza di qualsivoglia causa giustificativa del ritardo registrato dal volo Mombasa/Zanzibar/Roma, la richiesta di rimborso dei documentati costi, pari ad euro 109,00, per l'acquisto di altro biglietto sul volo delle ore 23.35, appare giustificata e meritevole di accoglimento.
Passando al terzo rilievo occorre evidenziare che il diritto al risarcimento dei danni patrimoniali ha trovato progressivo riconoscimento, anche sulla spinta di convenzioni internazionali e direttive comunitarie.
Ma se è incontroversa la risarcibilità del danno patrimoniale, che ha anche trovato oggettiva

parametrazione nel Regolamento CE n. 261/2004, non può altrettanto affermarsi per il danno non patrimoniale, che ha il suo presupposto fondante nel complesso dei disagi derivanti al turista/consumatore dalle inadempienze contrattuali del venditore e/o organizzatore del servizio.
Una parte della giurisprudenza ha negato la risarcibilità del danno in commento per il limite costituito dalla previsione dell'art. 2059 c.c. e stante la impossibilità di ricondurre lo stesso nell'ambito di quello esistenziale per la cui configurabilità è necessaria la lesione di un diritto costituzionalmente garantito.

Tale interpretazione appare condivisibile nella parte in cui esclude nel complesso dei disagi in commento, la sussistenza dei presupposti per la individuazione del danno esistenziale, ma non nella parte in cui esclude, in ogni caso, la possibilità di riconoscere tale voce di danno per il limite derivante dall'art. 2059 c.c.. E ciò in quanto il necessario riferimento normativo è rinvenibile nella previsione di cui agli artt. 13 e 15 della Convenzione di Bruxelles sul Contratto di Viaggio del 23/04/1970, recepita nel nostro ordinamento dalla legge n. 1084/1977, che obbliga l'organizzatore/venditore inadempiente a rispondere di "qualunque pregiudizio" sia derivato al turista/consumatore.
Nell'espressione "qualunque pregiudizio" contenuta nelle norme della citata Convenzione, interpretata alla luce dell'orientamento comunitario a tutela del consumatore (sentenza Corte Giustizia Europea del 12/03/2002 — Simone Leitner c/ Tui Deutschland Gmbh e Co.Kg), è individuabile quella

previsione normativa della risarcibilità del danno non patrimoniale che l'art. 2059 c.c. richiede per consentirne il risarcimento.
Il minore "comfort" della classe di posto (turistica in luogo della "style class"), il cui disagio ha trovato contingente risonanza per la documentata patologia (claustrofobia e attacchi d'ansia), il prolungato scalo a Zanzibar (12 ore in luogo di un'ora) e l'assenza di adeguata assistenza costituiscono un insieme di disagi, in sede processuale da nessuno negati e/o contestati, che vanno ricondotti alla modifica del prodotto (in termini di classe di posto e di programma di volo), unitaleralmente decisa dall'Eurofly S.p.A. in totale violazione degli obblighi contrattualmente assunti e del prescritto dovere di informazione nei confronti del contraente/consumatore.
Il pregiudizio derivante, stante l'assenza di parametri nella normativa di riferimento, dovrà essere quantificato con criteri equitativi e che, nella fattispecie, appare ragionevole individuare in euro 350,00, ivi compreso il maggior danno da ritardato pagamento.

L'Eurofly S.p.A. va, pertanto, condannata a pagare in favore dell'attrice, a titolo di integrale ristoro dei danni subiti, la complessiva somma di euro 1.153,00 di cui euro 600 pari al 75% del costo del biglietto, euro 203,00 per spese sopportate ed euro 350,00 per danno non patrimoniale, oltre interessi legali dalla data della sentenza all'effettivo soddisfo.
La Eurofly S.p.A., per il principio della soccombenza, va condannata a rifondere all'attrice le spese di giudizio che, tenuto conto della somma riconosciuta, si liquidano come da dispositivo.

Va, contestualmente, rigettata la domanda formulata dalla Eurofly S.p.A. nei confronti della Air Italy S.p.A. con condanna della chiamante alle spese di giudizio che si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice, letti gli atti, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta dalla sig.ra Conti Maria Irene, con atto di citazione ritualmente notificato, contro la Eurofly S.p.A., convenuta, e nei confronti della Air Italy S.p.A., chiamata in giudizio, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro - tempore, ogni contraria istanza ed eccezione respinta, così provvede:

- dichiara obbligata a rispondere della pretesa attorea la Eurofly S.p.A.;
- condanna la Eurofly S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, a corrispondere all'attrice la somma di euro 1.153,00 (millecentocinquantatre/00), oltre interessi legali dalla data della sentenza al soddisfo, oltre le spese di giudizio che liquida in complessivi euro 1.080,00 (milleottanta/00), di cui euro 80,00 (ottanta/00) per spese ed euro 1.000,00 (mille/00) per diritti ed onorario, oltre rimborso forfetario spese generali ex art. 14 tariffa Forense , oltre IVA e C.P.A.
- rigetta la domanda di garanzia formulata dalla Eurofly S.p.A. e condanna la stessa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, a rifondere alla Air Italy S.p.A. le spese di giudizio che liquida in complessivi euro 850,00 (ottocentocinquanta/00) per diritti ed onorario, oltre rimborso forfetario

spese generali ex art. 14 Tariffa Forense, oltre IVA e CPA.
Cosi deciso in Palermo il 27 dicembre 2007

V. RAPPORTI BANCARI E DI UTENZA

I consumatori e le banche

La sezione prima del presente capitolo racchiude alcune delle più significative pronunce della giurisprudenza siciliana in materia di rapporti tra banche e consumatori, tematica che ha assunto negli ultimi anni un notevole ed evidente risvolto pratico, ritagliandosi uno spazio significativo nelle aule delle corti di merito e di legittimità.

Al vaglio dei giudici siciliani, nelle sentenze che qui si commentano, è, in primo luogo, il fenomeno dell'anatocismo bancario, ossia quell'operazione di "conversione degli interessi in debito di capitale, che gli istituti bancari applicano nei rapporti di conto corrente intrattenuti con i clienti allo scopo di provocare la decorrenza di nuovi interessi sulla somma per tale titolo dovuta".

E' appena il caso di ricordare che, se in un primo momento tale prassi ha trovato pieno accoglimento nella giurisprudenza di legittimità e di merito affermatasi a partire dagli anni ottanta (la quale riteneva la clausola anatocistica espressione di un uso normativo in grado di derogare alla disciplina legale prevista dall'art. 1283 del codice civile e, come tale, ne sanciva la legittimità), l'ormai consolidato orientamento della Cassazione ha definitivamente sancito l'illiceità di tale prassi, comminando la

sanzione della nullità per le clausole anatocistiche contenute nei contratti di conto corrente.

Con le storiche sentenze della primavera del 1999[30], la Suprema Corte di Cassazione ha infatti operato un vero e proprio *renvirement*, stabilendo che "*la capitalizzazione trimestrale degli interessi da parte della Banca sui saldi di conto corrente passivi per il cliente non costituisce un uso normativo, ma un uso negoziale, essendo stata tale diversa periodicità della capitalizzazione (più breve rispetto a quella annuale applicata a favore dei clienti sui saldi di conto corrente attivi alla fine dei ciascun anno solare) adottata per la prima volta in via generale su iniziativa dell'Abi nel 1952 e non essendo connotata la reiterazione del comportamento della opinio iuris ac necessitatis"* (Cass., sez. III, 30.03.1999 n. 3096) e che *"è nulla la previsione contenuta nei contratti di conto corrente bancario avente ad oggetto la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, giacché essa si basa su di un mero uso negoziale e non su di una vera e propria norma consuetudinaria ed interviene anteriormente alla scadenza degli interessi"* (Cass., sez I, 16.03.99, n. 2374).

All'indomani delle pronunce della Cassazione, il legislatore nazionale ha poi tentato un riordino della materia con il

[30] Cfr. Cass. 16 marzo 1999 n. 2374 e Cass. 30 marzo 1999 n. 3096, ma anche Cass. 11 novembre 1999 n. 12507.

decreto legislativo 342/1999, modificando, da un lato, l'art. 120 del T.U.B. ed introducendo il principio della eguale cadenza di capitalizzazione dei saldi attivi e passivi e, dall'altro, stabilendo una "sanatoria" per il pregresso attraverso la norma "transitoria" di cui all'art. 25, comma terzo, decreto legislativo 342 del 1999, la quale, per l'appunto, operava una sorta di salvataggio delle clausole di capitalizzazione trimestrale contenute nei contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina contenuta nella Delibera del CICR).

Tale ultima norma, caduta sotto la scure della Corte costituzionale, è stata poi espunta dall'ordinamento in forza della sentenza n. 425/2000, con cui il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'art. 25, 3° comma, illegittimo "*nella parte in cui stabilisce che le clausole riguardanti la produzione di interessi su interessi maturati, contenuti nei contratti stipulati anteriormente alla delibera del CICR, relativa alle modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, siano valide ed efficaci fino a tale data e che, dopo di essa, debbono essere adeguate - a pena di inefficacia da farsi valere solo dal cliente - al disposto della menzionata delibera, con le modalità ed i tempi ivi previsti*".

Con l'emanazione della relativa Delibera del 9.2.2000, veniva dunque sancita la

validità della clausola sulla capitalizzazione degli interessi per i contratti stipulati a far data dal 22 aprile 2000; rimaneva tuttavia irrisolto il problema della sorte dei contratti stipulati prima della delibera CICR.

Su tale profilo, la giurisprudenza della Suprema Corte si è pronunciata negli anni[31] mantenendo l'indirizzo fatto proprio nella primavera del 1999 e ribadendo pertanto il principio della "*insuperabile valenza retroattiva dell'accertamento di nullità delle clausole anatocistiche".*

Ciò fino alla pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 21095 del 7.10/4.11.2004, la quale ha definitivamente riconosciuto che "*La legittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista bancario va esclusa anche con riguardo al periodo anteriore alle decisioni con cui la suprema corte, ponendosi in contrasto con l'orientamento sin lì seguìto, ha accertato l'inesistenza di un uso normativo idoneo a derogare al precetto dell'art. 1283 c.c., in quanto difettano i presupposti per riconoscere, anche con riguardo a detto periodo (e nonostante l'opposto orientamento espresso dalle pronunce dell'epoca), la convinzione dei clienti circa la doverosità giuridica di tale prassi*".

---

[31] Cfr. Cass 6263/2001, Cass.1281/2002, Cass. 4490/2002, Cass. 4498/2002, Cass. 8442/2002, Cass. 17338/2002, Cass. 2593/2003, Cass. 12222/2003, Cass. 13739/2003.

Tale posizione era stata a ben vedere abbracciata da parte della giurisprudenza di merito, in questa sede rappresentata dalla pronuncia del **Tribunale di Patti**, la quale, già nel 23 giugno 2003, aveva ritenuto**: "***Sono nulle le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, inserite in un contratto bancario stipulato anteriormente all'entrata in vigore della delibera di cui all'art. 120, 2° comma, tub, con la quale il Cicr ha stabilito modalità e criteri per la produzione di interessi anatocistici".*

Analoga fattispecie è posta al vaglio del **Tribunale di Palermo nella sentenza del 26 febbraio 2008 n. 873**, ove è riconosciuta la vessatorietà della clausola di previsione di interessi anatocistici operante nei rapporti di conto corrente bancario intrattenuti con clienti consumatori sorti anteriormente all'entrata in vigore della delibera (con cui il comitato interministeriale per il credito e il risparmio ha stabilito modalità e criteri per la disciplina dell'anatocismo nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria).

Secondo il tribunale palermitano, in particolare, tale clausola è infatti espressione del prepotere contrattuale delle banche, che determina un forte squilibrio a danno del contraente debole, quale è tipicamente il cliente privato della banca costretto ad aderire, in difetto di reali alternative, alle condizioni economiche unilateralmente predisposte

ed applicate da tutti gli istituti dei credito.
La capitalizzazione trimestrale, applicata dalla banca a senso unico dalle banche, prosegue la sentenza, *fa sì che il finanziamento sia gravato, in aggiunta al dichiarato corrispettivo del servizio (e cioè gli interessi al tasso convenzionalmente pattuito), di un ulteriore costo a fronte del quale non si prevede alcuna contropartita, costo che, come si evince dal tenore della citata clausola grava sul cliente-consumatore anche in ipotesi di saldi solo "saltuariamente" debitori (previsione quest'ultima certamente assai pregiudizievole ed insidiosa per il cliente).*
Lo 'sbilanciamento' che per tale via viene a concretizzarsi, lungi dal contemperare gli interessi della parti, rappresenta una chiara esplicazione del potere 'normativo' del soggetto 'forte' il quale viene ad imporre alla controparte, in modo tutt'altro che chiaro un costo aggiuntivo al servizio reso.
La vessatorietà della detta clausola, quanto allo squilibrio, appare del resto confermata dalla stessa previsione contenuta nell' art. 120 del T.U. Bancario e dalla successiva delibera CICR sopra citata, la quale ha ammesso la capitalizzazione trimestrale solamente a condizione di reciprocità.
Sulla base di tali premesse, la sentenza in esame, accertata l' illiceità della condotta posta in essere dalla banca, accogliendo le istanze dell'associazione dei consumatori ricorrente, finisce dunque per vietare

all'istituto bancario di respingere le istanze avanzate da titolari di rapporto di conto corrente (consumatori) finalizzate al ricalcolo della esposizione debitoria previa depurazione della capitalizzazione trimestrale applicata fino al giugno 2000.
Ma la pronuncia si spinge oltre: al fine di meglio assicurare la tutela dei diritti dei consumatori pregiudicati dalla applicazione della detta clausola vessatoria da parte della banca, il tribunale di Palermo dispone la pubblicazione di un breve estratto del provvedimento inibitorio (contenente la indicazione degli estremi della controversia, dell'organo giudicante, delle parti e del dispositivo) su due quotidiani, uno a diffusione regionale, l'altro nazionale a cura e spese della banca convenuta, nonché la condanna della banca, ai sensi dell' art. 140, 7° comma, del codice del consumo in ipotesi di inadempimento degli obblighi stabiliti nella sentenza, al pagamento di una somma pari ad € 516,00 per ogni giorno di ritardo.
Le pronunce del **Tribunale di Catania del 29 luglio 1998** e della **Pretura di Catania del 30 luglio 19**98, affrontano, invece, la problematica della validità delle clausole di rinvio agli usi di piazza ed agli avvisi esposti nei locali della banca, per la determinazione dei tassi di interesse.
In merito al primo profilo occorre evidenziare che, secondo consolidata giurisprudenza, il rinvio alle condizioni

praticate usualmente dall'azienda di credito sulla piazza non è sufficiente a soddisfare l'onere della forma scritta richiesto dall'art. 1284, 3° comma, c.c., perché sfornito dei requisiti minimi di determinatezza o determinabilità dell'oggetto, essenziale per la validità del contratto[32].

A ciò deve aggiungersi che con l'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992 è stato espressamente previsto che "*le clausole contrattuali di rinvio agli usi sono nulle e si considerano non apposte*" (art. 4 legge 154/1992, oggi trasfuso nel più ampio testo dell'art. 117 del d. lgs. n. 385 del 1993, contenente il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

Quid iuris nel caso di clausola contenuta in un contratto stipulato prima dell'entrata in vigore della legge 154/1992?

Il decreto della Pretura di Catania del 30 luglio 1998 stabilisce al riguardo che: "*E' nulla la clausola inserita in contratto bancario stipulato anteriormente all'entrata in vigore della legge 154/1992, secondo cui gli interessi dovuti dal cliente all'azienda di credito si intendono determinati alle condizioni praticate usualmente sulla piazza".*

[32] Conformi Cass. Civile, Sez. III, 02 ottobre 2003, n. 14684; Cass. Civile, Sez. I, 6 dicembre 2002 n. 17338; Cass. Civ., Sez. I, 23 settembre 2002 n. 13823.

Nello stesso senso, la Cassazione, qualche anno dopo, avrà modo di chiarire che "*In tema di contratti bancari, la clausola, stipulata anteriormente all'entrata in vigore della legge sulla trasparenza bancaria 17 febbraio 1992 n. 154, la quale, per la pattuizione di interessi dovuti dalla clientela in misura superiore a quella legale, si limiti a fare riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza, è in ogni caso divenuta inoperante a partire dal 9 luglio 1992 - data di acquisto dell'efficacia delle disposizioni della citata legge qui rilevanti, ai sensi dell'art. 11 della medesima - atteso che la previsione imperativa posta dall'art. 4 della legge (poi trasfuso nell'art. 117 t.u. 1 settembre 1993 n. 385), là dove sancisce la nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse, se non incide, in base ai principi regolanti la successione delle leggi nel tempo, sulla validità delle clausole contrattuali inserite in contratti già conclusi, impedisce tuttavia che esse possano produrre per l'avvenire ulteriori effetti nei rapporti ancora in corso; ad un tal riguardo, per rapporti in corso devono intendersi i rapporti, anteriormente costituiti, non ancora esauriti, alla data di inizio dell'operatività della norma sopravvenuta, per non avere il debitore, indipendentemente dalla pregressa «chiusura» del conto corrente bancario, adempiuto alla propria obbligazione, atteso che la già riferita innovazione impinge sulle*

stesse caratteristiche del sinallagma contrattuale, generatore di conseguenze obbligatorie protraentisi nel tempo" (Cass., sez. I, 18-09-2003, n. 13739, conf. Cass.sez. I, 18-1-2005 n.4095).

Parimenti, nel caso di rinvio alle condizioni indicate negli avvisi contenute nei locali della banca per la determinazione degli interessi, il Tribunale di Catania, nel decreto del 30 luglio 1998, stabilisce che " *è nulla la clausola, contenuta in contratto bancario stipulato anteriormente all'entrata in vigore della l. 154/92, secondo cui gli interessi dovuti dal cliente all'azienda di credito sono quelli risultanti, di volta in volta, dagli avvisi esposti nei locali della banca".*

La sentenza del **Giudice di Pace di Palermo del 15 aprile 2003** si inserisce nell'alveo delle pronunce giurisprudenziali che tentano affannosamente, pur senza offrirne una soluzione unitaria, di risolvere il problema relativo all'uso fraudolento delle carte di credito e all'individuazione del soggetto su cui far gravare il rischio di tale illecita utilizzazione.

Al vaglio del giudice di pace palermitano è sottoposto il caso particolare dell'addebito al titolare della carta di credito, da parte della banca emittente, dei pagamenti da quest'ultima eseguiti, sulla base di note di spesa recanti false sottoscrizioni. La tesi sostenuta da parte attrice, ed accolta da giudicante, è nel senso di escludere, in siffatta ipotesi, l'insorgenza a carico del titolare della carta, di un debito *ex pretio*

nei confronti dell'emittente e, di conseguenza, di negare a quest'ultimo il diritto al rimborso delle somme pagate all'esercente sulla base di memorandum di spesa recanti false sottoscrizioni e come tali non riconducibili al titolare della carta.
Questo l'iter logico-giuridico seguito dal giudice palermitano nella soluzione del caso.
La stipulazione del contratto di associazione tra esercente e banca, riconducibile allo schema delegatario, determina in capo al fornitore convenzionato, che agisce quale sostituto dell'emittente, l'obbligo di verificare, nell'interesse di quest'ultimo, la conformità della firma apposta sulla nota di spesa a quella del titolare della carta. Nell'ipotesi in cui l'esercente non abbia diligentemente effettuato tale controllo ed abbia fornito beni o servizi a soggetti diversi dal titolare della carta, nessun debito può ritenersi sorto in capo a quest'ultimo e va pertanto esclusa la conteggiabilità a suo carico delle somme pagate all'esercente da parte della banca emittente[33].
Secondo il giudice, da tale generale obbligo di custodia. non può farsi discendere l'imputabilità al titolare delle conseguenze dannose derivanti dall'utilizzo indebito della carta, allorché venga dimostrato, come nel caso sottoposto al vaglio del giudice palermitano, che una condotta più

[33] Nello stesso senso G.d.Pace di Pordenone 29.07.1999.

diligente dei fornitori al momento delle operazioni di scambio e della banca all'atto dei pagamenti, avrebbe certo evitato la causazione di tali danni.

In particolare, secondo il decidente palermitano, la banca convenuta, prima di effettuare lo spostamento di danaro a favore degli esercenti convenzionati, avrebbe dovuto verificare la correttezza delle operazioni eseguite dai fornitori e, una volta accertata la palese difformità delle firme apposte sulle note di spesa rispetto a quella del titolare della carta, rifiutare agli esercenti i pagamenti. Nella fattispecie, osserva il giudicante, la banca convenuta, col suo comportamento, ha avallato una serie di operazioni invalide compiute dai fornitori convenzionati e per tale via, va condannata al rimborso a favore della titolare della carta, delle somme indebitamente conteggiate sul suo conto.

Ma il giudice palermitano, a ben vedere, stabilisce anche un latro interessante principio: egli, infatti, richiamando la giurisprudenza della Suprema Corte in materia di rapporti tra banca e correntisti[34], sembrerebbe configurare una sorta di responsabilità oggettiva della banca emittente ex art. 2049 cc.

In particolare, tale responsabilità troverebbe fondamento nell'allargamento della sfera d'azione del preponente istituto bancario, il quale, avvalendosi dell'attività

[34] Cfr. Cass. Civ. 2574/1999.

altrui (nella fattispecie degli esercizi convenzionati) per la realizzazione dei propri interessi, si troverebbe necessariamente coinvolto nei vantaggi e negli svantaggi di tale opera e per tale via risponderebbe dei danni arrecati dai fatti illeciti commessi nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti.

I consumatori ed i servizi di utenza telefonica

Lo sviluppo della società dell'informazione attraverso l'implementazione di strumenti telematici e l'introduzione di nuove tecniche di comunicazione ha determinato, negli ultimi anni, un forte incremento dell'offerta commerciale della telefonia, sia fissa che mobile.

Tale fenomeno, di indubbia rilevanza economica e sociale, ha avuto inevitabili ripercussioni sul piano normativo, determinando un crescente sviluppo della disciplina di settore, volta alla regolamentazione di un mercato in forte sviluppo, nonché alla tutela dei diritti dei consumatori-utenti del servizio di telefonia.

Il panorama normativo di riferimento, a ben vedere, involgendo la materia numerosi campi, quali la tutela della privacy, il settore della pubblicità ingannevole, nonché l'area della trasparenza contrattuale e della contabilizzazione dei servizi, risulta complesso ed eterointegrato.

A disciplinare il rapporto tra gestore ed utente concorrono, infatti, sia i principi di diritto contrattuale contenuti nel codice

civile sia le disposizioni del codice del consumo e sia norme regolamentari volte a sanzionare comportamenti lesivi degli interessi degli utenti emanate dalle Autorità di controllo, quali l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità Garante della Privacy e l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni.

In merito a tale ultimo aspetto, fondamentale rilevanza riveste, nella materia che ci occupa, la Delibera 173/07/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, recante "*Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti*" ed in particolare l'Allegato A della predetta Delibera, il quale disciplina il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra utenti e gestori del servizio di telefonia.

Sul punto, si segnala come la previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione, istituito già con la Delibera 182/02/CONS dell'Autorità, ha suscitato numerosi problemi interpretativi, accendendo un vivace dibattito giurisprudenziale.

La giurisprudenza siciliana chiamata a pronunciarsi su controversie tra gestori ed utenti si è interrogata in primo luogo sulla natura stessa del tentativo di conciliazione, da intendersi o meno quale condizione di procedibilità o di proponibilità della domanda giudiziale.

A fronte di un primo indirizzo giurisprudenziale, rappresentato in questo volume, a titolo esemplificativo, dall'ordinanza del **Tribunale di**

Caltanissetta del 15 dicembre 2003, dall'ordinanza del **Tribunale di Nicosia del 9 agosto 2004** e dalla sentenza del **Tribunale di Palermo, sezione distaccata di Monreale n. 198/2004**, secondo cui il tentativo obbligatorio di conciliazione è condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale, si registra un secondo orientamento, a tenore del quale il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione non determinerebbe l'improcedibilità dell'azione.

A tale indirizzo può ricondursi la sentenza del **Giudice di Pace di Catania del 31 dicembre 2004,** secondo cui: "*Pur riconoscendosi vigente la procedura prevista dalla Delibera n. 182/02 CONS, la quale, in esecuzione della citata legge, ha previsto che "gli utenti singoli o associati, ovvero gli organismi di telecomunicazioni, che lamentino la violazione di un proprio diritto o interesse protetto da un accordo di diritto privato o dalle norme in materia di telecomunicazioni attribuite alla competenza dell'Autorità che intendano agire in giudizio, sono tenuti a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom competente per territorio", la "violazione" di tale previsione non si ritiene essere ostativa al fine di considerare validamente incoato il giudizio innanzi al giudice".*

A risolvere l'impasse è intervenuta la recente Delibera 173/07/CONS, la quale espressamente commina la "sanzione" dell'improcedibilità nel caso di mancato esperimento del tentativo di conciliazione:

secondo l'art. 3 dell'Allegato A della Delibera, infatti, "*Per le controversie di cui all'articolo 2 comma 1, il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile fino a che non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Co.re.com competente per territorio munito di delega a svolgere la funzione conciliativa, ovvero dinanzi agli organi di risoluzione extragiudiziale delle controversie di cui all'articolo 13".*

Altra questione su cui si è confrontata la giurisprudenza riguarda, poi, l'ambito di applicazione del tentativo di conciliazione, esteso a ricomprendere tutte le controversie insorte tra utenti e gestori ovvero circoscritto ad ipotesi specifiche.

Sul punto, l'ordinanza del **Tribunale di Nicosia del 9 agosto 2004,** interpretando in senso estensivo la portata dell'allora vigente art. 3 della Delibera 182/02/CONS, ha ritenuto obbligatorio il tentativo anche nel caso di azione cautelare, precisando che:" *La legge 249 /90 e la Delibera dell'Autorità Garante delle Telecomunicazioni 182/02 impongono in maniera chiara l'esperimento di un tentativo di conciliazione non giurisdizionale ogniqualvolta insorgano controversie tra utenti e compagnie telefoniche. Tale tentativo,* prosegue la sentenza*, è condizione di procedibilità in qualsiasi genere di controversia che impegni utenti ed organismi di telecomunicazioni e, dunque, anche nel caso di adozione dei provvedimenti di urgenza".*

Nello stesso senso si ricorda la pronuncia del **Tribunale di Agrigento del 3.11.2004 n. 1256**, secondo cui **"***L'operatività della condizione di procedibilità, intesa come obbligatorio tentativo di conciliazione, non può ritenersi circoscritta alla sola fase di cognizione, atteso il tenore letterale della normativa di settore; al contrario, in mancanza di una previsione specifica sul punto, il tentativo di conciliazione deve ritenersi obbligatorio anche nell'ipotesi in cui l'utente azioni la tutela cautelare".*

Con riguardo specifico all'operatività del tentativo di conciliazione in relazione al diritto fatto valere e dunque al petitum mediato dell'azione, la sentenza del **Giudice di Pace di Alì Terme del 27 maggio 2005 n. 456** ha, ancora, escluso l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nelle ipotesi di azione di ripetizione proposta dall'utente a seguito dell'indebito pagamento delle spese di spedizione della fattura.

E ciò in quanto, secondo la citata sentenza: **"***L'art. 3 della Delibera 1l cliente 82/02, avendo natura regolamentare, non è suscettibile di interpretazione estensiva, per cui il ricorso al tentativo obbligatorio di conciliazione non può che essere circoscritto alle controversie aventi ad oggetto diritti tutelati da accordi di diritto privato o da norme in materia di ttelecomunicazioni. Esso non può applicarsi, quindi, in sede di tutela di un diritto soggettivo garantito da una norma di legge, quale è il diritto alla ripetizione delle somme corrisposte dall'utente per il pagamento delle spese per la spedizione delle fatture telefoniche".*

La sopra menzionata *querelle* interpretativa è oggi risolta dalla Delibera 173/07/CONS che, all'art. 2 dell'Allegato A, rubricato *Ambito di applicazione*, ha previsto che "*sono rimesse alla competenza dell'Autorità le controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi*".
Con ciò estendendo di fatto la portata della norma e l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione ad ogni tipo di controversia tra consumatore e gestore del servizio di telefonia[35].
Un'ulteriore problematica lasciata insoluta dalla previgente Delibera 182/02/CONS riguardava poi l'obbligatorietà o meno della proposizione del tentativo di conciliazione nei casi in cui non fossero operativi i Corecom e dunque la necessità di adire in questo caso altri organismi di conciliazione abilitati, quali, ad esempio, le Camere di Commercio presenti nel territorio, organi istituzionalmente a ciò deputati.
Sulla questione è intervenuta la sentenza del **Tribunale di Palermo, sezione**

[35]Ai sensi dei commi secondo e terzo dell'art. 2, "*sono escluse dall'applicazione del regolamento le controversie attinenti esclusivamente al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate, qualora l'inadempimento non sia dipeso da contestazioni relative alle prestazioni medesime", nonchè le controversie promosse ai sensi degli articoli 37, 139 e 140 del Codice del consumo*".

distaccata di Monreale n. 198/2004, ove il decidente ha chiarito che "*non può ritenersi che in forza della delibera dell'Autorità 182/02 fosse obbligatorio solo il tentativo davanti al Corecom e non anche quello davanti ad altri organismi di conciliazione. In altri termini, quest'ultimo tentativo di conciliazione non era meramente facoltativo. Il legislatore ha infatti imposto un obbligo, quello del tentativo preventivo di conciliazione, da adempiere comunque o mediante il ricorso al Corecom o ad altri organi di conciliazione che avessero le caratteristiche richieste dall'art. 12".*

Tale soluzione è stata accolta dalla Delibera 173/07, la quale, all'art. 3 dell'Allegato A, rubricato *Richiesta di svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione,* ha stabilito che*: " Per le controversie di cui all'articolo 2 comma 1, il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile fino a che non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Co.re.com competente per territorio munito di delega a svolgere la funzione conciliativa, ovvero dinanzi agli organi di risoluzione extragiudiziale delle controversie di cui all'articolo 13"*[36]*.*

[36] Secondo l'art. 13 dell'Allegato, infatti, " *In alternativa alla procedura conciliativa dinanzi al Co.re.com, gli interessati hanno la facoltà di esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione, anche in via telematica, dinanzi agli organi di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, di cui all'articolo 1, lettera o, del presente Regolamento.2. Allo stesso fine, l'utente ha altresì la facoltà di rivolgersi agli organismi istituiti con accordi tra gli operatori ed associazioni di*

Un' ultima osservazione sull'argomento: non può ritenersi sostitutivo del tentativo di conciliazione, cioè il tentativo delle parti di addivenire ad una composizione della lite: in questo senso ha statuito l'ordinanza del **Tribunale di Agrigento del ordinanza del 3.11.2004 n. 1256,** la quale ha infatti precisato che "*altro è il tentativo di bonario componimento della lite, altro è l'obbligo, disciplinato dalla normativa di settore di avviare la procedura di conciliazione, nelle forme, nei tempi e dinanzi ai soggetti da essa individuati dall'analitica disciplina posta dalla delibera n. 182/02/Cons. dell'Autorità garante, la quale esclude l'alternatività della procedura descritta con informali tentativi di composizione della lite già pendente (tanto più che la procedura di conciliazione prevista condiziona, in termini di procedibilità, la sussistenza stessa della lite)*".

Fatte queste precisazioni, si evidenzia come le condotte lesive dei diritti dei consumatori e le istanze di tutela da questi avanzate nei confronti delle società di telefonia investono diversi profili di responsabilità.

A titolo esemplificativo, si ricordano le ipotesi di indebita fatturazione di costi relativi a connessione a dealer mai effettuate da parte dell'utente, quali ad

---

consumatori rappresentative a livello nazionale, purché detti organismi operino a titolo gratuito e rispettino i principi di trasparenza, equità ed efficacia di cui alla Raccomandazione 2001/310/CE".

esempio ai numeri 709, 70X, ovvero l'illegittimo addebito delle spese di spedizione e fatturazione delle bollette.

In merito al primo aspetto si ricorda la sentenza **del Giudice di Pace di Troina n. 543 del 2007**, ove il decidente ha condannato la società di telefonia, ritenendo "*l'addebito di chiamate ai numeri 708,70X, contraria agli articoli 4 e 5 della delibera 9/02/CONS dell'Autorità per la garanzia delle Comunicazioni, i quali stabiliscono che i servizi connessi a tale numerazioni devono pagarsi solo con carte di credito o bollettini postali, o altro equipollente, purchè siano separati dalla bolletta telefonica*". Disposizioni che, secondo la citata pronuncia, "*hanno il chiaro intento di evitare truffe ai danni degli utenti che, grazie a ciò non si vedono automaticamente addebitate in fattura costi per connessioni mai richieste*".

Con riguardo all'indebita fatturazione di spese di spedizione della bolletta, si ricorda la sentenza del **Giudice di Pace di Palermo del 25 settembre 2007**, a tenore della quale: **"***Costituisce indebito arricchimento il duplice addebito e conseguente pagamento del medesimo importo, avente documentale riscontro nelle bollette offerte in allegazione ed appare incontrovertibile il diritto dell'istante ad ottenere la ripetizione della somma".*

Il caso sottoposto al vaglio del **Giudice di Pace di Alì Terme nella sentenza n. 144/04 del 27 gennaio 2004** riguarda, poi, l'ipotesi di erronea comunicazione, da parte della società di telefonia,

dell'avvenuta attivazione del numero riservato richiesto dal cliente.
In tale fattispecie, secondo la citata pronuncia, "*Deve riconoscersi il risarcimento de danno esistenziale subito dall'utente a causa della condotta colposa della società di telefonia, la quale ha erroneamente comunicato al consumatore l'avvenuta attivazione di un nuovo numero telefonico riservato".* Ciò in quanto, ad avviso del decidente, *"La non veridicità di tale comunicazione ha infatti frustrato la legittima aspettativa dell'utente di riserbo sul proprio recapito telefonico, riserbo che avrebbe certamente garantito all'utente una migliore e meno stressante conduzione della vita quotidiana e di relazione, sia in ambito familiare che in ambito sociale.*
Un ultimo aspetto degno di nota riguarda infine la problematica del ritardo nel trasloco della linea telefonica da parte della società di telefonia ed il discusso riconoscimento del danno esistenziale a favore del cliente.
Sul punto, la sentenza del **Giudice di Pace di Nicosia del 17 luglio 2007** ha ritenuto che "*Nel giudizio proposto dall'utente contro la società di telefonia avente ad oggetto il risarcimento dei danni derivanti dal ritardo nel trasloco delle linea telefonica, è onere dell'utente provare il tempo trascorso tra la data della richiesta e l'effettivo trasferimento dell'utenza".*
Il risarcimento del danno esistenziale subito dal consumatore è ammesso allora solo qualora risulti raggiunta la prova che "*il ritardo nel trasloco abbia alterato le abitudini e gli assetti relazionali del*

soggetto, inducendolo a scelte di vita diverse, quanto all'espressione e alla realizzazione della sua personalità nel mondo esterno, da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso e richiede specifica allegazione e prova nell'atto introduttivo del giudizio della natura e delle caratteristiche del pregiudizio medesimo".

*****

I. Tribunale di Catania, decreto 29 luglio 1998, B.d.S. (Avv. Monterosso) c. Castiglia ed altro, Giudice Vergari

È nulla la clausola, contenuta in contratto bancario stipulato anteriormente all'entrata in vigore della l. 154/92, secondo cui gli interessi dovuti dal cliente all'azienda di credito sono quelli risultanti, di volta in volta, dagli avvisi esposti nei locali della banca.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI CATANIA

(Omissis)

L'art. 1284, ultimo comma, c.c. dispone che "gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto, altrimenti sono dovuti nella misura legale".

La Corte suprema, modificando un precedente orientamento di segno opposto, ha statuito di recente che, se è vero che «il requisito della forma scritta richiesto, a pena di nullità, per la pattuizione di interessi in misura superiore a quella legalmente determinata non postula,

necessariamente, che la relativa convenzione negoziale contenga una puntuale indicazione in cifre del tasso così stabilito, ben potendo essere soddisfatto anche *per relationem»,* ciò va fatto, però, «attraverso il richiamo (per iscritto) a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, obiettivamente individuabili, funzionali alla sua concreta determinazione» (Cass., sez. I, 10 novembre 1997, n. 11042, *Foro* Rep. 1997, voce *Interessi, n.* 15. Di identico tenore anche Cass., sez. I, 29 novembre 1996, n. 10657, *ibid., n.* 14; sez. III 9 dicembre 1997, n. 12456, *ibid.,* voce *Fideiussione, n.* 19; e la recentissima Cass., sez. I, 8 maggio 1998, n. 4696, *id.,* Mass., 496).

Il combinato disposto degli artt. 1346 e 1418 c.c. impone che l'oggetto del contratto sia determinato o determinabile.

Nel contratto di conto corrente dal quale trae fondamento la pretesa creditoria dell'istituto odierno ricorrente la clausola relativa agli interessi passivi è testualmente la seguente: «Tasso d'interesse debitore - Il tasso di interessse debitore è quello praticato alla clientela durante il periodo di esposizione e risultante di volta in volta dagli avvisi esposti nei locali del banco. Esso risulta attualmente nella misura del ventidue per cento e sarà in tale misura o in quella diversa misura risultante dagli avvisi suddetti dal momento in cui il conto risulterà debitore per partite liquide entro i limiti di fido eventualmente consentito».

Si tratta, con evidenza, di clausola nulla, essendo il tasso degli interessi passivi indeterminato, indeterminabile e rimesso unilateralmente alla volontà del creditore.

Diversamente da quanto sostenuto dal procuratore del Banco di Sicilia, il riferimento numerico al tasso del ventidue per cento non può in alcun modo essere utilizzato per dare concretezza alla clausola in questione, perché esso non indica il tasso di interessi pattuito fra le parti, ma il tasso generalmente applicato in un determinato momento. Momento che non è quello in cui è sorto in concreto il debito oggetto del contendere.

La clausola negoziale, infatti, dice che il tasso passivo è «attualmente» del ventidue per cento, ma che il tasso che si applicherà in concreto in danno del correntista sarà quello «risultante dagli avvisi dal momento in cui il conto risulterà debitore per partite liquide»: dunque, al momento della stipula del contratto non era in alcun modo possibile prevedere quale sarebbe stato concretamente il tasso applicato e l'unico criterio di determinabilità offerto faceva riferimento alla volontà unilaterale della banca creditrice, che si sarebbe manifestata in futuro mediante avvisi.

Con la clausola in questione, in sostanza, l'istituto creditore ha eluso la prescrizione normativa di cui all'art. 1284 c.c., concordando che al conto corrente sarebbe stato applicato il tasso che la banca avesse voluto in epoca successiva a quella della stipula del contratto, con l'unico onere, per la banca medesima, di comunicare il tasso scelto mediante avvisi.

Il contratto in questione, essendo stato stipulato prima della entrata in vigore della l. 17 febbraio 1992 n. 154 («norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari»), che prevede (all'art. 5) un criterio di etero-integrazione della clausola nulla, e prima dell'entrata in vigore

del d.leg. 1° settembre 1993 n. 385, che (all'art. 127) disciplina come relativa la nullità in questione, deve ritenersi affetto da nullità assoluta con riferimento alla clausola relativa al tasso di interessi passivi e al rapporto negoziale in questione vanno, quindi, applicati gli interessi al tasso legale, ai sensi dell'art. 1284, ultimo comma, c.c..

Dalla prospettazione della stessa parte ricorrente e dall'estratto conto prodotto emerge che il credito vantato e per il quale è stata chiesta l'ingiunzione è stato determinato applicando alle poste passive del conto interessi a tasso superiore a quello legale.

Con il citato provvedimento interlocutorio del 25-27 giugno 1998, l'istituto ricorrente era stato invitato a produrre nuovo calcolo del saldo passivo oggetto della richiesta, redatto applicando alle singole poste passive - dalla data di inizio del rapporto ad oggi - interessi al tasso legale.

Il Banco di Sicilia non ha dato ottemperanza a tale invito.

Prive di fondamento - in fatto e/o in diritto - sono le considerazioni svolte dal procuratore del Banco di Sicilia nelle note depositate il 15 luglio 1998.

Per semplicità espositiva, esse non verranno né riprodotte né illustrate qui. Di seguito verranno, invece, richiamate indicandole con la stessa cifra romana con la quale le ha indicate il procuratore istante e verranno esposte le ragioni per le quali non appaiono fondate.

È pacifico che la certificazione di cui all'art. 50 d.leg. 1° settembre 1993 n. 385, serve soltanto a documentare le singole operazioni compiute con riferimento al rapporto di conto corrente, esimendo l'istituto di credito ricorrente dal

produrre tutti i titoli in forza dei quali sono state compiute le operazioni medesime.
Essa non può esonerare, invece, l'istituto di credito, neppure nella fase monitoria, dall'onere di documentare la natura del rapporto contrattuale posto a fondamento del proprio credito e l'esistenza e validità delle clausole per le quali la legge prescrive forme determinate.
Per di più, la certificazione prodotta dall'istituto ricorrente per documentare il credito vantato non è conforme alla disposizione di cui all'art. 50 d.leg. l° settembre 1993 n. 385: come illustrato, infatti, nella relazione governativa al d.leg.385/93, l'«estratto conto» di cui all'art. 50 si differenzia dall'«estratto di saldaconto» di cui all'art. 102 r.d.l. 12 marzo 1936 n. 375 (che è sostanzialmente quello prodotto dall'istituto odierno ricorrente), perché «l'estratto conto deve rappresentare il risultato di tutte le voci a credito e a debito ricadenti nell'arco di tempo considerato, ivi compresi i diritti di commissione, le spese, le ritenute fiscali e gli interessi attivi e passivi maturati» (nel caso di specie sono indicate solo alcune operazioni compiute tra il 26 settembre 1995 e il 31 marzo 1998).

Come si è detto, il riferimento numerico al tasso del ventidue per cento, contenuto nel contratto di conto corrente in discussione, non consente di individuare obiettivamente - come si sostiene nelle note di parte ricorrente - il tasso convenuto dalle parti, indicando il numero in questione non già il tasso pattuito, ma solo quello generalmente applicato in un determinato momento, diverso da quello in cui è sorto poi, in concreto, il debito controverso.

L'art. 16 del contratto, ove dovesse applicarsi (e non pare) anche al tasso di interesse passivo, sarebbe con tutta evidenza nullo per violazione dell'art. 1284, ultimo comma, c.c., come correttamente interpretato dai giudici di legittimità e di merito sopra indicati al punto 1 del presente provvedimento.

La norma in questione, infatti, è norma imperativa, cui le parti non possono neppure pattiziamente derogare.

La clausola in questione prevede genericamente la possibilità per la banca di «modificare in qualsiasi momento le norme e le condizioni tutte che regolano i rapporti di conto corrente».

È evidente che una pattuizione tanto generica - nella quale nessun riferimento specifico è fatto al tasso di interessi - non può essere ritenuta idonea a superare la disposizione legislativa che vuole che «gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto » (art. 1284 c.c., cit.).

Se l'art. 16 del contratto qui in discussione si riferisse anche agli interessi passivi, questi non potrebbero dirsi determinati» e la loro misura sarebbe, invece, indeterminata» e, peggio, rimessa alla libera determinazione unilaterale del creditore.

Lo *ius variandi* è stato introdotto legislativamente solo con l'art. 4 l. 154/92, che non si applica al contratto *de quo,* essendo questo anteriore alla legge e non avendo quest'ultima efficacia retroattiva.

Per di più, l'esercizio di uno *ius variandi* presuppone una valida convenzione da variare: nel caso di specie ciò non vi è, essendo nulla, per le ragioni già dette, la clausola con la quale è

stato indicato (perché l'espressione determinato non può essere usata, perché inappropriata) il tasso degli interessi passivi.
In sostanza, l'art. 16, ove interpretato come vorrebbe la banca ricorrente, introdurrebbe non già un diritto a cambiare un tasso fissato concordemente fra le parti, ma un diritto dell'istituto di credito a stabilire unilateralmente il tasso passivo da applicare via via al rapporto di conto corrente.
Infine, nessuna prova scritta (indispensabile ex art. 633 c.p.c.) è stata offerta dell'adempimento degli oneri di comunicazione di cui al citato art. 16 del contratto.
Il punto IV) delle note riproduce l'identica opinione di cui al punto II), di cui si è già detto.
La clausola «Tasso d'interesse debitore - Il tasso di interesse debitore è quello praticato alla clientela durante il periodo di esposizione e risultante di volta in volta dagli avvisi esposti nei locali del banco. Esso risulta attualmente nella misura del ventidue per cento e sarà in tale misura o in quella diversa misura risultante dagli avvisi suddetti dal momento in cui il conto risulterà debitore per partite liquide entro i limiti di fido eventualmente consentito» non può in alcun modo ritenersi «di stile», come vorrebbe il procuratore del Banco di Sicilia.
Ammesso - per ipotesi che non può concedersi - che fosse clausola di stile, essa dovrebbe ritenersi come priva di effetti, con la conseguenza di lasciare indeterminato il tasso cli interesse passivo e imporre, quindi, ex art. 1284 c.c., l'applicazione del tasso legale.

Ma vi è più. L'osservazione del procuratore dell'istituto ricorrente sub V) è con evidenza un paralogismo.
Essa non propone, infatti, un'interpretazione della clausola, ma una sua inammissibile modifica.
Il procuratore del Banco di Sicilia propone:
- di non tenere in alcuna considerazione il fatto che il contratto dice che: «il tasso di interesse debitore è quello praticato alla clientela durante il periodo di esposizione « (nessun riferimento si fa nelle note a tale prima parte della clausola);
- di interpretare l'espressione «esso risulta attualmente nella misura del ventidue per cento e sarà in tale misura o in quella diversa misura risultante dagli avvisi suddetti» come se equivalesse a «il tasso di interesse è quello del ventidue per cento. Esso potrà essere modificato in quella diversa misura che sarà di volta in volta decisa dalla banca e pubblicata mediante affissione di apposito avviso»;
- di ritenere clausola di stile solo la parte relativa alla modificabilità;
- di eliminare solo questa parte;
- di applicare il tasso del ventidue per cento.
Insomma, di inventare una nuova clausola mai messa per iscritto fra le parti.
È vero che il contratto in questione non fa riferimento agli «usi di piazza», ma non per questo la clausola relativa al tasso degli interessi passivi può dirsi valida, essendo il suo contenuto concreto, come si è detto sopra, sub 2, oggettivamente indeterminato e rimesso alla volontà unilaterale del creditore.
Non è possibile comprendere in che senso il procuratore dell'istituto ricorrente faccia

riferimento «al principio di conservazione del contratto», posto che non è qui in discussione la validità ed efficacia del contratto, ma solo quella di una delle sue clausole. La «comune intenzione delle parti» non può avere rilievo manifestata senza le forme che la legge impone per determinate convenzioni.
Dello ius variandi si è già detto sopra, sub III).
Non è possibile comprendere il senso dell'osservazione sub IX), nel quale, peraltro, si fa riferimento alla L. 17 febbraio 1992 n. 154, che, come detto (e come lo stesso procuratore ricorrente sottolinea), non si applica al caso di specie.

*****

II. Pretura di Catania, decreto 30 luglio 1998, B.d.S. (Avv. Monterosso) c. Gazzetta, Giudice Trovato

E' nulla la clausola inserita in contratto bancario stipulato anteriormente all'entrata in vigore della legge 154/1992, secondo cui gli interessi dovuti dal cliente all'azienda di credito si intendono determinati alle condizioni praticate usualmente sulla piazza.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI CATANIA

(Omissis)
Nel caso in esame vertesi in tema di contratto di conto corrente di corrispondenza stipulato antecedentemente al 9 luglio 1992 (data in entrata in vigore della l. n. 154 del 1992 in tema

di «norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari») nel quale la clausola relativa al «tasso d'interesse debitore» così recita: «il tasso d'interesse debitore è quello praticato alla clientela durante il periodo di esposizione. Esso risulta attualmente nella misura del ...% e sarà in tale misura o in quella diversa che sarà di volta in volta determinata in base alle condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza, dal momento in cui il conto risulterà debitore ...».

Alla stregua del più recente ed ormai costante e del tutto condivisibile orientamento giurisprudenziale del Supremo collegio (Cass. n. 2103 del 1996, Foro it., 1997, I, 1939, e n. 10657 del 1996, id., Rep. 1997, voce Interessi, n. 14; n. 11042 del 1997, ibid., n. 15, e n. 12456 del 1997, ibid., voce Fideiussione, n. 19, e n. 4696 del 1998, id., Mass., 496), già seguito dai giudici di merito (v. Trib. Milano 6 luglio 1992, id., Rep. 1993, voce Interessi, n. 7; Trib. Pavia 1° ottobre 1993, id., Rep. 1994, voce Contratti bancari, n. 47; Trib. Napoli 13 maggio 1994, id., Rep. 1995, voce cit., n. 57), il mero rinvio «alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza» non è sufficiente a soddisfare sia l'obbligo della forma scritta, sancito per la validità della pattuizione di interessi in misura ultralegale dall'art. 1284, 3° comma, c.c. (Cass. 10657/96, cit.), che quello dell'oggettiva determinabilità della prestazione secondo la disciplina dell'art. 1346 c.c., la cui violazione è sanzionata come causa di nullità negoziale dall'art. 1418, 2° comma, c.c. (Cass. n. 2103 del 1996, cit.).

1. La *relatio* può infatti considerarsi adeguata (e quindi idonea a soddisfare gli obblighi anzidetti) nel solo caso in cui siano richiamati per iscritto criteri prestabiliti ed elementi estrinseci al documento negoziale, purché certi ed obiettivamente individuabili, laddove la clausola in esame non presenta tali caratteri di certezza ed oggettività: ed invero i tassi della piazza bancaria variano da istituto a istituto e da cliente a cliente (prime rate, top rate e situazioni intermedie) e d'altronde gli stessi accordi di cartello sono ormai venuti meno "come parametro centralizzato e vincolante" (cfr. Cass. n. 10657, cit.).

Vertesi, quindi, in tema di nullità assoluta, rilevabile d'ufficio dal giudice e deve coerentemente applicarsi la disciplina legale sostitutiva prevista dal disposto dell'art. 1284, 3° comma, cit., a tenore del quale gli interessi sono dovuti nella misura legale in luogo di quella convenzionalmente (ed illegittimamente) indicata.

Il citato orientamento giurisprudenziale - accolto in dottrina con estremo favore - è stato propiziato, se non determinato: a) dal processo di trasformazione degli istituti di credito, che sono ormai diventati delle vere e proprie imprese private che operano in regime di concorrenza e non godono più di quella considerazione, per così dire «pubblicistica», correlata allo *status* (ora venuto meno) di incaricati di un pubblico servizio ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 358 c.p. (cfr. art. 1 d.p.r. 27 giugno 1985 n. 350; gli art. da 1 a 7 d.leg. 20 novembre 1990 n. 356 e l'art. 10 d.leg. n. 385 del 1993); b) da una complessa ed articolata produzione normativa che ha in vario modo ribadito e sottolineato come

l'esigenza di tutela del risparmio non può e non deve in alcun modo compromettere o attenuare l'esigenza di tutela del risparmiatore (v. l. 154/92; d.leg. 385/93; d.leg. 415/96; l. n. 108 del 1996 e, se si vuole, pur l'art. 25 l. n. 52 del 1996).

2. Passando quindi all'esame delle deduzioni difensive contenute nelle note dinanzi indicate deve rilevarsi che secondo il banco «la clausola di riferimento agli usi è clausola di stile non essenziale alla validità del contratto: *vitiatur sed non vitiat.* Infatti il tasso di interessi è determinato perfettamente in cifra, mentre le eventuali variazioni del tasso sono regolate dall'art. 16 della lettera contratto». A tenore del quale: «Il banco si riserva la facoltà di modificare in qualsiasi momento le norme e le condizioni tutte che regolano i rapporti di conto corrente. Le comunicazioni relative saranno validamente fatte dal banco mediante lettera». Tale *ius variandi* sarebbe peraltro coerente alle previsioni di cui all'art. 4, 2° comma, l. 154/92 e del d.leg. 385/93.

AI riguardo vanno svolte le seguenti considerazioni.

Il ricorrente, a ben vedere, non ha svolto deduzione alcuna in ordine alla prima proposizione della clausola in esame («Il tasso d'interesse debitore è quello praticato alla clientela durante il periodo di esposizione»).

La quale, anche a voler per un solo momento espungere dall'ambito negoziale il riferimento di poi effettuato agli usi, comporta già di per sé una evidente violazione dei ricordati art. 1284, 3° comma, e 1418, 2° comma, c.c.: ed invero, la fissazione del tasso degli interessi resta per tal

via devoluta alle determinazioni unilaterali del banco, svincolate da qualsivoglia riferimento al trattamento riservato al cliente *(prime rate, top rate)* e totalmente disancorate da qualsivoglia elemento obiettivo ed esterno che valga ad attribuire alle stesse gli indicati caratteri di certezza ed univocità.

La coesione logica e strutturale dell'intera clausola in esame rifiuta recisamente, siccome destituita di fondamento, la tesi elaborata dal banco in ordine alla sussistenza - nella specie - di una c.d. clausola di stile.

L'indicazione del tasso in cifra vale invero soltanto ad individuare il tasso «praticato alla clientela» nel momento in cui il rapporto di cui trattasi ha avuto inizio («esso risulta attualmente») all'atto cioè della costituzione del rapporto, ferma restando l'applicazione (successiva, durante lo svolgimento del rapporto medesimo) di «quella diversa misura che sarà di volta in volta determinata in base alle condizioni usualmente praticate » .

Appare, quindi, evidente come il senso e la portata di tale clausola, nella comune intenzione delle parti (ma soprattutto del predisponente), non fosse quella di indicare in cifra il tasso che avrebbe regolato in maniera fissa ed immutabile il rapporto di cui trattasi, bensì quella di prefigurare e di consentire la variazione del tasso indicato in cifra al variare delle «condizioni» ivi menzionate.

L'espunzione suggerita dal banco viene quindi a risolversi in una vera e propria traumatica amputazione di una parte della citata previsione contrattuale, che alla restante parte è strutturalmente ed inscindibilmente collegata, così

proponendo una clausola del tutto nuova e, certamente, diversa da quella formulata nell'originario testo contrattuale.

Il riferimento effettuato dal banco all'art. 16, quale fonte contrattuale di un preteso *ius variandi,* non tiene conto del carattere imperativo di entrambe le norme violate (art. 1284, 2° comma, e 1418, 2° comma, c.c.) e della conseguente illegittimità di qualsivoglia regolamentazione contrattuale posta in essere in dispregio delle norme anzidette.

Per vero "la possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso d'interesse" è stata riconosciuta dagli art. 4, 2° comma, l. 154/92 e 117, 5° comma, d. leg. 385/93 (non applicabili nella specie trattandosi di rapporto sorto anteriormente e non avendo tali leggi efficacia retroattiva), laddove prima risultava esclusa proprio dal disposto dell'art. 1284, 3° comma, c.c. che — imponendo il requisito formale della forma scritta per la pattuizione d'interessi ultralegali — escludeva, per ciò stesso, l'esistenza di uno *ius variandi* esercitabile dagli istituti bancari, i quali, peraltro, concretamente lo utilizzavano grazie a quell'interpretazione giurisprudenziale che non sanciva in termini di nullità assoluta l'indiscriminata utilizzazione delle clausole (ancorché del tutto generiche) di rinvio agli usi di piazza, ritenendone invece la validità.

3. Il ricorrente ha poi dedotto (senza peraltro effettuare nel caso concreto qualsivoglia indicazione o produzione) che nel corso di un rapporto di conto corrente vengono normalmente effettuati vari riconoscimenti impliciti o espliciti del tasso convenzionale applicato dal banco; elementi, questi che «non

possono essere sottovalutati o misconosciuti dal sereno e attento magistrato nel quadro dei principi di correttezza e buona fede contrattuale».

Tale deduzione, formulata - ripetesi - in linea meramente teorica, non affronta invero la questione della validità e rilevanza di tali comportamenti a fronte del disposto dell'art. 1423 c.c. (che sancisce l'inammissibilità della convalida del contratto nullo), né quella se gli eventuali atti di riconoscimento del debito posti in essere dal correntista comportino o meno una (valida) rinunzia a far valere i vizi che di già inficiano il rapporto di conto corrente, ovvero rilevino esclusivamente ai soli fini probatori ex art. 1988 e 2720 c.c., non versandosi in tema di novazione stante il chiaro disposto dell'art. 1231, 2° comma, c.c.; e dovendo - peraltro - ricorrere la condizione di cui all'art. 1234, 2° comma (che invero regola l'ipotesi di titolo annullabile e non di titolo nullo, rientrante invece nella previsione del 1 ° comma).

Ed è opportuno ricordare l'orientamento giurisprudenziale del Supremo collegio (senz'altro meritevole di essere condiviso), a tenore del quale la mancata tempestiva contestazione dell'estratto conto bancario ai sensi dell'art. 1832 c.c. rende non più contestabile l'iscrizione delle singole partite, ma non la validità e l'efficacia dei rapporti obbligatori da cui queste derivano (v., proprio con riferimento ad una ipotesi di addebito di interessi ultralegali: Cass. 1112/84, id., 1984, I, 1285; v. pure, in termini, Cass. 5409/83, id., Rep. 1983, voce cit., n. 35; 2095/80, id., Rep. 1980, voce Conto corrente, n. 2).

Per quel che concerne poi la certificazione di cui all'art. 50 d.leg. 385/93, non possono che condividersi i rilievi al riguardo svolti nel decreto di rigetto del presidente del Tribunale di Catania del 27 luglio 1998 (proc. monitorio 525/r.g. 1998) secondo cui essa «serve soltanto a documentare le singole operazioni esimendo l'istituto dal produrre tutti i titoli in forza dei quali sono state compiute le operazioni medesime. Essa non può esonerare, invece, l'istituto, neppure nella fase monitoria, dall'onere di documentare la natura del rapporto contrattuale posto a fondamento del proprio credito e l'esistenza e la validità delle clausole per le quali la legge prescrive forme determinate».

4. Il banco ha ancora rilevato la «prescrizione quinquennale della richiesta di riconteggio degli interessi ex art. 2948 c.c.» in base alla quale il «ricalcolo degli interessi dovrebbe essere limitato all'ultimo quinquennio».

Senonché la norma invocata disciplina all'evidenza la diversa ipotesi di interessi non corrisposti all'avente diritto, laddove nel caso di specie le norme di riferimento sono da un canto quella di cui all'art. 1422 c.c. (in tema di imprescrittibilità dell'azione di nullità) e, d'altro canto, quella di cui all'art. 2946 c.c. (che fissa il termine ordinario - decennale - applicabile pur alle azioni di ripetizione); ferma restando la questione se tale ultimo termine debba decorrere dal momento della chiusura del conto o da quello della comunicazione dell'iscrizione delle singole partite nell'estratto conto bancario.

5. Deve infine rilevarsi che sono «fuori tema» tutti i rilievi ancor svolti dal banco con

riferimento alle disposizioni di cui agli art. 4, 3° comma, l. 154/92 e 117, 6° comma, d.leg. 385/93 che sanciscono la nullità delle clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi d'interesse.
Trattasi infatti di leggi entrate in vigore successivamente alla conclusione del rapporto *de qua,* nel quale la clausola in esame - affetta dall'indicato vizio genetico - impinge *ab origine* nei divieti posti dalle diverse prescrizioni normative già esaminate.
6. Conclusivamente il ricorso in esame va rigettato, poiché per effetto dell'eterointegrazione normativa operata dall' art. 1284, 3° comma, c.c. il saldo finale va determinato conteggiando gli interessi nella misura legale fin dal momento della stipulazione del contratto.

*****

III. Tribunale di Palermo, sentenza 7 marzo 2000, Siragusa R. (Avv. Visconti) c. Banca Popolare Sant' Angelo (Avv. Gianferrara), Giudice Conti

Non è colpita da nullità sopravvenuta la clausola, contenuta in un contratto di mutuo con garanzia reale stipulato in epoca anteriore alla prima rilevazione dei tassi effettivi globali medi, con cui sono stati convenuti interessi ad un tasso che, durante l'esecuzione del rapporto, divenga superiore a quello di soglia, oltre il quale essi sono considerati sempre usurari; nondimeno, il contratto deve essere integrato, attraverso l'inserzione automatica della norma inderogabile determinativa del tasso soglia, di modo che, successivamente alla prima rilevazione, il mutuante non può riscuotere interessi

in misura maggiore a quella via via risultante per effetto dell'applicazione di detto tasso

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO

Sentenza 7 marzo 2000
Giud. Conti; Siragusa (Avv. Visconti) c. Banca Popolare Sant'Angelo (Avv. Gianferrara)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 9 ottobre 1998 Siragusa Raffaele convenne in giudizio innanzi a questo tribunale la Banca popolare Sant'Angelo s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore* e premesso:

1) di avere, in data 30 aprile 1992, stipulato con l'istituto convenuto un contratto di mutuo ipotecario per l'importo di lire 130.000.000 nel quale era stata concordata la restituzione della somma mutuata e degli interessi nella misura del 15 per cento annuo - riducibili fino all'11,50 per cento in dipendenza delle variazioni intervenute nelle condizioni del mercato monetario e creditizio - mediante quaranta rate trimestrali a decorrere dall'aprile 1992 e fino all'aprile 2002;

2) che la richiesta, avanzata con raccomandata del 18 maggio 1998, di riduzione del tasso degli interessi relativi alle rate in scadenza non era stata accolta dalla banca;

3) che il rifiuto opposto dalla convenuta costituiva una palese violazione degli obblighi contrattuali e che la misura degli interessi corrisposti superava la soglia massima del 12,44 per cento accertata per i mutui ipotecari dal d.m. 23 marzo 1998 emanato in applicazione del 4° comma dell'art. 2 l. 108/96;

3) che conseguentemente la Banca Sant'Angelo non aveva diritto a pretendere alcunché a titolo di interessi alla stregua di quanto disposto dall'art. 4 l. 108/96.

Tutto ciò premesso, l'attore chiese la condanna della Banca popolare Sant'Angelo alla restituzione di tutte le somme corrisposte per interessi a decorrere dal mese di maggio 1998, maggiorate degli interessi legali.

Costituitosi in giudizio, l'istituto bancario convenuto osservò preliminarmente che l'obbligazione del mutuatario sorgeva all'atto della consegna del denaro e non già al momento della scadenza delle singole rate determinate sulla base di un piano di ammortamento, sicché costituendo la restituzione delle rate una mera esecuzione di un'obbligazione sorta anteriormente all'entrata in vigore della l. 108/96 tale legge non poteva spiegare effetto alcuno nella vicenda agitata dall'attore.

Osservò ancora che la richiesta del Siragusa presupponeva una nullità sopravvenuta che contrastava con la stessa natura della nullità implicante una valutazione riferita al momento genetico del sorgere del rapporto e non ad un momento successivo, soggiungendo ancora che la normativa invocata dall'attore si riferiva al trimestre anteriore alla conclusione del contratto e non a quello anteriore al pagamento della rata, infine sottolineando che l'art. 1815, 2° comma, c.c. riconduceva l'usurarietà degli interessi al momento costitutivo del rapporto e non a quello dell'esecuzione.

Indi, nel corso del giudizio, l'attore con memoria ex art. 183 c.p.c. depositata il 30 aprile 1999 reiterava le medesime domande estendendole, quanto alla

decorrenza, fino al mese di ottobre 1997 e chiedeva comunque la condanna della banca, inadempiente al patto che prevedeva la riduzione del tasso di interesse all'11,50 per cento, alla restituzione delle somme versate in eccedenza.

Domandava pure la condanna della convenuta alla restituzione di tutte le somme corrisposte in eccedenza rispetto al tasso soglia a decorrere dal mese di maggio 1997.

Successivamente la causa, precisate dalle parti le conclusioni, veniva introitata in decisione previa concessione dei termini per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

È anzitutto destituito di fondamento l'asserito inadempimento della Banca Sant'Angelo ai patti negoziali prospettato dall'attore laddove lo stesso ritiene che l'istituto, riducendo il saggio di interessi all'11,50 per cento nel maggio del 1999, avrebbe tardivamente dato esecuzione alla clausola che prevedeva tale riduzione.

A ben vedere, infatti, e salvo quanto in seguito si dirà, la clausola invocata dal Siragusa - «si pattuisce espressamente che il predetto tasso di interesse potrà essere dalla banca modificato annualmente, decorsi dodici mesi dalla stipula del presente atto in dipendenza delle variazioni intervenute nelle condizioni del mercato creditizio» - non prevedeva verun obbligo dell'istituto di ridurre il tasso originariamente pattuito, ma consentiva piuttosto al mutuante un ius variandi assolutamente incondizionato.

Di tale facoltà l'istituto mutuante non si avvalse se non dopo l'inizio del presente giudizio.

Tanto è sufficiente per ritenere che la Banca Sant'Angelo non era obbligata a valersi della

clausola e che quindi l'attore non può lamentare l'inadempimento del soggetto mutuante e pretendere la riduzione dell'interesse prevista dalla superiore pattuizione, peraltro superata dall'introduzione dei tassi soglia di cui alla l. 108/96 di cui appresso si dirà.

Ciò posto, la vicenda in esame impone piuttosto la trattazione del tema, ampiamente dibattuto in dottrina ed affrontato pure in giurisprudenza, relativo agli effetti della disciplina antiusura introdotta con la l. 108/96 sui rapporti di mutuo con garanzia reale contratti in epoca anteriore alla legge, rectius alla prima rilevazione dei tassi soglia (v. d.m. 22 marzo 1997, in G.U. 2 aprile 1997, n. 76). Sono note alle parti, avendone le stesse fatta menzione nei rispettivi atti difensivi, gli aspri contrasti emersi tra chi ha escluso ogni possibile incidenza del comando normativo - penale (novellato art. 644 c.p.) e civile (art. 1815, 2° comma, c.c.) - ai rapporti insorti in epoca anteriore sul presupposto vuoi della peculiare natura del mutuo, nel quale l'insorgenza dell'unitaria prestazione del mutuatario coinciderebbe con la nascita del rapporto e non darebbe luogo ad una prestazione (degli interessi) di durata, vuoi dalla irrilevanza penale della condotta del «farsi dare» interessi usurari se preceduta da una pattuizione lecita all'atto della conclusione del rapporto e coloro che, almeno sul versante dottrinario, hanno ritenuto con forza l'applicabilità degli effetti previsti dal novellato art. 1815 c.c. alla condotta, ritenuta penalmente rilevante, della dazione-percezione degli interessi usurari, criticando la soluzione orientata a limitare gli effetti della clausola relativa agli interessi all'ambito del saggio massimo -

aumentato della metà - previsto dalle rilevazioni ministeriali trimestrali.

Ora, reputa questo giudice che sembra ineludibile una premessa di ordine sistematico, utile per inquadrare la normativa antiusura nell'ambito di un filone normativo che, sulla scia di una penetrante azione del legislatore comunitario volta ad apprestare sicura tutela alla posizione del contraente debole anche nell'ambito del mercato del credito legale, appare univocamente orientato a ridurre gli ambiti di discrezionalità tradizionalmente riservati al contraente forte al fine di operare, attraverso politiche di protezione informativa, non solo un riequilibrio sostanziale all'interno del contratto ma anche una maggiore attenzione alla concorrenza fra le imprese e con essa alla crescita del sistema economico.

In tal senso deve intendersi, tra l'altro, la quasi contemporanea introduzione di misure dirette a disincentivare il mercato illegale del credito; v. d.p.r. 29 gennaio 1997 n. 51 istitutivo del fondo di solidarietà per le vittime dell'usura e art. 130-133 d.leg. 385/93, t.u. bancario.

E proprio con riferimento all'attività finanziaria possono ricordarsi non solo le norme sulla trasparenza introdotte già nel 1992 - l. 17 febbraio 1992 n. 154; art. 25 l. 142/92, che delegava il governo all'attuazione della direttiva del consiglio 89/646/Cee, artt. 115-120 - ma anche, ancor più recentemente, l'introduzione del meccanismo di capitalizzazione omogenea degli interessi bancari attivi e passivi (art. 25 d.leg. 342/99, al quale è seguita la delibera del Cicr del 9 febbraio 2000, in G.U. 22 febbraio 2000, n. 43) e la possibilità per la Banca d'Italia di denunziare al p.m. l'esercizio di attività abusive di raccolta del risparmio, attività

bancaria o attività finanziaria (art. 132 bis d.leg. 385/93, introdotto dall'art. 29 d.leg. 342/99), istituti questi che permeano in modo sempre più profondo i rapporti cliente-operatore finanziario introducendo, attraverso un'attività normativa tesa a disciplinare essa stessa i punti ritenuti essenziali ed ineliminabili del contratto, penetranti limitazioni alla libertà negoziale del contraente forte in un'ottica al contempo orientata alla tutela del cliente-consumatore ed all'espansione del mercato concorrenziale.

Ed è in questa prospettiva che le norme antiusura, esaminate nel loro complesso, vanno inquadrate apparendo non solo funzionali alla repressione di un fenomeno criminale, per lo più esercitato in forma organizzata, lesivo del patrimonio dei soggetti vittime dello strozzinaggio ed incentivante il riciclaggio del denaro sporco ma, all'evidenza, anche dirette a perseguire il corretto e trasparente funzionamento del mercato creditizio.

Indici sintomatici di tali caratteristiche appaiono non soltanto la previsione della circostanza aggravante costituita dall'avere il reo agito nell'esercizio di un'attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare - cfr. art. 644, 4° comma, c.p.c. - ma soprattutto la previsione del «tasso effettivo globale medio» degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari per singole categorie di operazioni rilevato trimestralmente dal ministero del tesoro - da pubblicare nella Gazzetta ufficiale e da affiggere nelle dipendenze aperte al pubblico di banche ed intermediari in modo facilmente visibile - che, aumentato della metà, costituisce il limite previsto dal 3° comma dell'art. 644 c.p.c., oltre il quale gli interessi sono sempre usurari.

Tale richiamo non può evocare la disciplina, di matrice comunitaria, del credito al consumo nella quale per la prima volta si introdusse nell'ordinamento interno il concetto di «tasso annuo effettivo globale» (Taeg) - art. 122 t.u. bancario, direttiva 87/102/Cee e direttiva 90/88/Ce -, come del resto emerge esplicitamente anche dalla nota metodologica predisposta dal Ministro del Tesoro per l'ultima rilevazione dei tassi soglia - d.m. 20 dicembre 1999, in G.U. 23 dicembre 1999, n. 300 - ove si afferma espressamente che «per le operazioni di "credito personale", "credito finalizzato", "leasing", "mutuo" è adottato un indicatore del costo del credito analogo al Taeg definito dalla normativa comunitaria sul credito al consumo».

Ora non v'è dubbio che, pur operando i necessari distinguo fra i due istituti, l'esigenza di predeterminare normativamente il costo totale del credito e con esso l'onerosità dell'operazione per chi fruisce della liquidità è pur'essa perseguita nella normativa antiusura ove peraltro la predeterminazione dei tassi soglia, che rappresentano il costo massimo tollerato dal legislatore per le operazioni che si protraggono nel tempo, determina l'usurarietà.

E ciò, pur non intendendo disconoscere la diversa portata della normativa sul credito al consumo, orientata alla difesa del «consumatore persona fisica», attesta nondimeno l'emersione, anche in parte equa, di una tendenza orientata alla luce delle posizioni deboli delle contrattazioni standardizzate attraverso meccanismi di trasparenza che integrando la volontà negoziale perseguono anche, con variegati meccanismi-nullità del contratto (art. 124 t.u. bancario, art. 9

1. 18 giugno 1998 n. 192, art. 1815, 2° comma, c.c. nell'ipotesi di patto usurario), annullamento (errore in cui incorre il risparmiatore a causa delle false informazioni diffuse dolosamente dall'intermediario o dall'emittente di prodotti finanziari), inefficacia (inosservanza dei criteri adottati dal Cicr in tema di contabilizzazione degli interessi bancari), inserzione automatica di clausole (v. quanto si dirà a proposito della riscossione di interessi) - l'incremento dei mercati concorrenziali attraverso la fissazione di criteri anch'essi trasparenti e certi.

Tanto consente allora di affermare che la *ratio* del provvedimento legislativo in parola non sta soltanto nella necessità di reprimere il fenomeno criminale, ma anche nel cristallizzare i «costi» massimi propri di specifiche operazioni finanziarie che si sviluppano in un arco temporale prolungato - secondo modalità uniformi - oltre i quali lo Stato manifesta un netto disfavore.

E sotto tale profilo il sistema introdotto appare ben più incisivo dei meccanismi di tutela «verticale» introdotti dalla disciplina in tema di clausole vessatorie, pure applicabili ai contratti aventi ad oggetto prestazioni finanziarie nei quali, come è noto, la valutazione dell'abusività non attiene all'adeguatezza dei corrispettivi di beni e servizi; v. art. 1469 ter, 2° comma, c.c.

Ciò può spiegarsi, plausibilmente, proprio per l'importanza fondamentale del sistema dei mutui - e delle operazioni di finanziamento ad esso assimilabili - assunta nel mercato interno nel quale, dalla seconda metà degli anni novanta, i finanziamenti hanno registrato una fortissima accelerazione - che per i mutui alle famiglie ha toccato nel mese di agosto 1999 una raccolta complessiva pari a 287.000 miliardi di lire come

rilevato dal direttore generale della Banca d'Italia nel corso dell'audizione disposta dalla Commissione Finanze della Camera il 21 ottobre 1999 (in www.camera.it) - sospinta dal basso livello dei tassi di interesse e dal ricorso ad un ampio ventaglio di forme contrattuali concorrenziali in grado di soddisfare le esigenze delle diverse fasce di clientela.

È dunque in quest'ottica che occorre affrontare il tema specifico degli effetti della disciplina sopravvenuta sui rapporti di mutuo insorti in epoca precedente, uscendo dalla tematica dell'applicazione - retroattiva o irretroattiva - del testo normativo nella quale pure si è mossa la giurisprudenza - in maniera peraltro poco appagante laddove ha escluso l'applicazione della legge sopravvenuta sul mero presupposto dell'insorgenza dell'unitaria obbligazione del mutuatario in epoca pregressa e senza perciò adeguatamente considerare gli istituti della nullità sopravvenuta connessa alle ipotesi in cui la legge intende comunque colpire il risultato economico concretamente realizzato, indipendentemente dal momento negoziale (cfr. Cass. I ° febbraio 1999, n. 827, Foro it., 1999, I, 831, in tema di antitrust) e della c.d. nullità di protezione operanti a favore di una sola delle parti contrattuali (cfr. Trib. Palermo 7 aprile 1998, id., 1998, I, 1624, per l'ipotesi di inefficacia derivante dall'abusività di un patto concluso prima dell'entrata in vigore della l. 52/96) - proprio perché al di là dell'espressa sanzione di nullità delle clausole sugli interessi usurari pure prevista dal novellato 2° comma dell'art. 1815 v'è una previsione incriminatrice che ha indubbiamente innovato il meccanismo usurario eliminando, per un verso, il requisito

dell'approfondimento dello stato di bisogno - che doveva essere valutato al momento dell'erogazione del prestito - ed agganciando, per altro verso, il disvalore penale alla oggettiva percezione di interessi oltre il limite dei tassi soglia.
Il che porta a ritenere che tale precetto (art. 644 c.p.), inteso nel suo tenore letterale, non solo non fornisce alcun argomento per considerare la precedente pattuizione in termini di esimente, ma mostra anzi di sganciare definitivamente la riprovevolezza insita nell'usurarietà dalla preesistenza o meno di un contratto precedente o successivo all'entrata in vigore della legge.
E dunque la percezione di interessi superiori al tasso-soglia che, costituendo elemento dotato di autonoma capacità incriminatrice, laddove non agganciata alla pregressa stipula del patto usurario assume valenza plurioffensiva perseguendo la funzione, aggiuntiva rispetto alla norma penale pregressa, di tutelare anche un bene giuridico superindividuale rappresentato dal corretto funzionamento del mercato del credito e non per questo necessariamente collegato all'atto della pattuizione usuraria.
Si comprende allora del perché la corte di legittimità, dando corpo all'inciso di cui all'art. 11 l. 108/96 che in tema di prescrizione del reato dà rilievo all'ultima riscossione - anche del capitale - ha sottolineato, seppure decidendo una fattispecie fin dall'inizio illecita - promessa di interessi già usurari - che «i caratteristici connotati di sinallagmaticità propri del momento iniziale della determinazione convenzionale di interessi o compensi usurari non sembra siano in grado di esaurire in sé la condotta tipica della fattispecie criminosa di cui all'art. 644 c.p. così degradandosi

la periodica, talora prolungata per numerosi anni, corresponsione da parte della vittima dei medesimi interessi o vantaggi ad un post factum penalmente irrilevante» (cfr. Cass. 19 ottobre 1998, D'Agata, id., 1999, II, 522).

Di nessun pregio, al fine di negare la correttezza della superiore affermazione, appare dunque la circostanza che il legislatore interno si sia implicitamente richiamato alla legislazione francese (l. 28 dicembre 1966 n. 66/1010, poi trasfusa nella l. 26 luglio 1993 n. 93/949) nella quale erano considerati usurari i prestiti «effettuati ad un tasso effettivo globale che supera, nel momento in cui è concesso, di più di un quarto il tasso effettivo medio praticato nel corso del trimestre precedente dalle banche e dagli istituti finanziari per operazioni della stessa natura comportanti rischi analoghi» (art. 1, 1° comma), proprio perché la legislazione anzidetta, risalente in origine al trentennio precedente alla legge antiusura italiana, non aveva ancora pienamente assimilato la cornice di principi — di ispirazione comunitaria — sopra accennata e la funzione dirigistica assunta dalle norme introdotte anche nell'ordinamento nazionale nella materia delle contrattazioni di massa.

Evenienze queste ultime che, per converso, ha ben valutato il legislatore interno volutamente discostandosi dalla normativa d'oltralpe - se si pensa che nel corso dei lavori parlamentari non venne approvato l'emendamento n. 2.3 che riconduceva l'usurarietà al momento della concessione del finanziamento (v. resoconto camera dei deputati, seduta del 28 febbraio 1996) – e prevedendo, anzi, che la legge stabilisse dinamicamente il tasso oltre il quale gli interessi sono sempre usurari (art. 644, 3° comma, c.p.).

D'altro canto, non può ritenersi che una simile interpretazione condurrebbe alla irrazionale conclusione che l'usurario — pure tenuto a comunicare i dati necessari per le rilevazioni periodiche — contribuirebbe a scrivere la stessa norma che dovrebbe punirlo, bastando considerare che la condotta che il legislatore intende perseguire è solo quella della persona fisica che percepisce gli interessi superiori al tasso soglia e non quella della persona giuridica — che va esente da responsabilità penale — tenuta alla comunicazione periodica dei dati (v., sul punto, art. 106 d.p.r. 385/93).

Senza dire poi che la discrezionalità di cui gode in concreto l'istituto erogatore del credito nell'individuazione del costo dell'operazione a seconda della persona richiedente introduce un incolmabile iato fra operazione di finanziamento e rilevazione periodica idoneo ad escludere qualsivoglia rapporto fra opzioni del singolo operatore e grandezze macroeconomiche, quali sono appunto le rilevazioni dei tassi in un mercato finanziario fortemente concorrenziale e sottoposto ad incisiva vigilanza (art. 106, 6° comma, art. 111, 1° comma, art. 128 d.leg. 385/93, introdotti rispettivamente dall'art. 20, 2° comma, dall'art. 22 e dall'art. 27 d.leg. 4 agosto 1999 n. 342, art. 107 d.leg. 385/93) da parte della Banca d'Italia, come anche dimostrato dalle istruttorie avviate da tale istituzione nei mesi di gennaio e aprile 1999 nei confronti, rispettivamente, dell'Associazione Bancaria Italiana, per le modifiche apportate alle commissioni sulla negoziazione di valute e di tredici fra le maggiori banche, per verificare l'esistenza di intese lesive della concorrenza (c.d. «gruppo degli amici della banca») - v. audizione

direttore generale Banca d'Italia alla commissione finanze Camera dei Deputati del 21 ottobre 1999 - e dall'ufficio italiano cambi.

Sulla scorta di tali considerazioni, sembra dunque che la condotta attiva dell'istituto qui convenuto, orientata a negare ogni rilievo alla richiesta scritta di riduzione dei tassi del mutuo stipulato dal convenuto ancorché superiori a quelli «soglia» - nota inviata dal Siragusa in data 18 maggio 1998 e successiva risposta dall'11 giugno 1998 inoltrata dalla banca con raccomandata del 22 luglio 1998 con la quale l'istituto dichiarava che «non ci è possibile - e ce ne dispiace - adottare l'intervento da lei richiesto» - integri la fattispecie incriminatrice anche sotto il profilo dell'elemento psicologico che *in parte qua* può addirittura assumere la veste del dolo eventuale.

Né la successiva riduzione degli interessi al tasso dell'11,5 per cento con decorrenza dalla rata del 31 luglio 1999 attuata unilateralmente dalla banca convenuta con la nota del 19 maggio 1999 parrebbe incidere sull'inosservanza del precetto penale, solo che si consideri che detto tasso è comunque superiore a quello soglia previsto nel d.m. 19 giugno 1999, in G.U. 30 giugno 1999, n. 151- tasso del 4,92 per cento aumentato della metà - e rimane tale anche per le rate successive.

Si pone a questo punto il problema di acclarare gli effetti della condotta posta in essere dall'istituto, il quale ha per un verso tacitamente accettato gli interessi inizialmente convenuti - al saggio del 15 per cento - ancorché superiori ai tassi soglia a far data dal 30 settembre 1997, epoca a partire dalla quale il tasso usurario era pari al 14,08 per cento secondo il d.m. 24 settembre 1998, pubblicato

sulla G.U. 228/98, rifiutando poi espressamente di adeguarli ai tassi soglia a far data dal maggio 1998. Secondo l'attore tale comportamento dell'istituto produrrebbe la conseguenza più radicale della restituzione di tutti gli interessi versati dal soggetto mutuante.

Tale assunto non convince.

Esso parte dal presupposto che in parte qua troverebbe applicazione la previsione del 2° comma dell'art. 1815 c.c.

Ma tale prospettazione, oltre a non trovare alcun aggancio nella previsione normativa pure richiamata, che introduce un'ipotesi tassativa di nullità insuscettibile di interpretazione analogica - in quanto prevista per il solo caso in cui le parti avessero convenuto interessi usurari - omette di considerare che il soggetto che si fa dare interessi usurari che tali non erano all'atto della stipulazione del vincolo lecitamente concluso pone in essere una condotta la cui riprovevolezza è di grado diverso e minore rispetto a quella correlata al patto usurario.

È vero infatti che il legislatore ha voluto attuare un sistema di protezione particolarmente incisivo anche facendo assurgere il comportamento della mera dazione di interessi usurari al rango di fattispecie penalmente rilevante.

Ma non è men vero che nella fattispecie in cui vi sia stata una precedente pattuizione lecita il reato si risolve nella mera condotta di colui che reputa di potere pretendere i tassi contrattualmente concordati senza però considerare che tali tassi sono divenuti usurari sulla scorta di una valutazione operata attraverso le rilevazioni trimestrali previste alla stregua del precetto penale.

Ne consegue che il comportamento penalmente illecito non dà luogo a veruna nullità del contratto concluso prima che i tassi convenuti potessero considerarsi usurari.

Del resto, è ormai ricevuta in dottrina l'opinione che solo nel caso in cui la stipulazione di un contratto - o di una clausola in esso contenuta - integra il reato si è in presenza di un rapporto irrimediabilmente affetto da nullità, dovendosi nelle ipotesi in cui la sanzione penale sia prevista a carico di una sola delle parti applicare alla parte che vi ha dato luogo con il proprio comportamento la sanzione penale ed al contratto la disciplina privatistica specificamente prevista a tutela dell'altra parte; v. Cass. 8 maggio 1969, n. 1570 (id., Rep. 1970, voce Obbligazioni e contratti, nn. 365, 366); 10 dicembre 1986, n. 7322 (id., 1987, I, 1119), secondo la quale il contratto concluso per effetto di truffa di uno dei contraenti ai danni dell'altro è annullabile per dolo; ancora, Cass. 31 gennaio 1990, Lo Giusto (id., Rep. 1991, voce Contratto in genere, n. 357).

Nel caso di specie, invece, non si verifica a ben vedere alcuna nullità totale del rapporto e/o del patto relativo agli interessi che al momento in cui il contratto venne concluso non poteva dare luogo ad illiceità.

V'è, piuttosto, un fenomeno di integrazione legale del contratto - o meglio del rapporto contrattuale - che attraverso l'inserzione automatica della norma inderogabile determinativa, indipendentemente dalla realizzazione della previsione incriminatrice, dei tassi soglia oltre i quali gli interessi sono sempre usurari, impedisce la caducazione del vincolo contrattuale.

Per vero, il meccanismo di cui all'art. 1339 c.c. si riferisce a tutte quelle determinazioni che la legge impone espressamente come inderogabili e non presuppone che le clausole difformi siano sanzionate dalla legge con la nullità - v. Cass. 17 marzo 1981, n. 1539 (id., Rep. 1981, voce cit., n. 255); 14 febbraio 1974, n. 420 (id., Rep. 1974, I, 3092) - a differenza dell'istituto di cui all'art. 1419 c.c., per il quale, v. Cass. 11 giugno 1981, n. 3783 (id., Rep. 1981, voce cit., n. 254).

E poiché ai fini dell'operatività automatica delle clausole o prezzi imposti dalla legge non è necessario che la legge preveda espressamente la conseguenza della sostituzione automatica, potendo tale circostanza desumersi dal testo o dalla *ratio* della legge stessa - cfr. Cass. 6 febbraio 1978, n. 555 (id., Rep. 1978, voce cit., n. 225) - è plausibile ritenere che la previsione dei tassi soglia - i quali altro non rappresentano se non i «prezzi» massimi delle operazioni di mutuo - almeno per quel che qui interessa, sostituisce, anche se successiva alla formazione del vincolo negoziale, la regolamentazione pattizia nell'evenienza in cui la stessa se ne discosti in danno del mutuatario.

Del resto, il procedimento ermeneutico proposto ha trovato altre volte conforto nella giurisprudenza di legittimità che, chiamata a pronunziarsi sugli effetti prodotti dai decreti ministeriali determinativi dei massimali di polizza alla stregua dell'art. 9 l. 990/69 sui contratti insorti in epoca anteriore, è pervenuta alla conclusione che i minimi di garanzia stabiliti dai vari decreti presidenziali debbono ritenersi immediatamente inderogabili, pur in mancanza di espressa previsione, proprio considerando che tali «minimi di garanzia» non costituiscono semplicemente disposizioni che le parti hanno

l'obbligo di inserire nel contratto in relazione alla funzione di tutelare in ogni caso il danneggiato assicurandogli un adeguato risarcimento a prescindere dalla solvibilità del danneggiante che il legislatore ha assunto a scopo principale della norma tanto che detta ratio sarebbe stata frustrata se ogni innalzamento per legge dei massimali minimi non avesse immediata applicazione ai rapporti in corso (cfr. Cass. 17 novembre 1997, n. 11391, id., 1998, I, 1177).

Orbene, il sistema così ricostruito risulta compiutamente funzionale a preservare il mercato del credito rispetto alle contrattazioni che, insorte lecitamente, finiscono però col contrastare, in epoca successiva al momento genetico, con i tassi soglia inderogabili.

Si comprende allora perché il legislatore ha limitato la previsione sanzionatoria di cui al 2° comma dell'art. 1815 c.c. alla sola ipotesi di «convenzione» di interessi usurari, proprio considerando che l'omogeneizzazione, agli effetti civili, delle due ipotesi avrebbe contrastato con la volontà che invece quello stesso legislatore si era preoccupato di perseguire sia attraverso una fattispecie incriminatrice dotata di una notevole forbice fra minimo e massimo edittale della pena, sia con un sistema di tassi che, seguendo il divenire del regolamento contrattuale nel corso del suo svolgimento, è destinato appunto a convivere col rapporto negoziale in un'ottica di riequilibrio della posizione del contraente debole ma non di squilibrio in danno del contraente forte.

Sulla scorta delle superiori argomentazioni, è possibile dunque ricostruire il sistema introdotto dal legislatore del 1996 nel quale, al di là dell'egida penale voluta per l'allarme sociale provocato da odiosi e sempre più frequenti episodi di

strozzinaggio, l'intenzione di fondo era anche quella di introdurre un meccanismo di determinazione dei costi delle operazioni finanziarie più comuni oltrepassato il quale il rapporto oneroso concordato, pur rimanendo in vita, merita comunque la fissazione di un nuovo assetto disciplinare rispettoso dei canoni inderogabili previsti dalla legge.

E tale intenzione può dirsi raggiunta proprio seguendo i principi di cui si è detto che, per un verso escludono, dando attuazione al precetto dell'eterointegrazione del contratto (art. 1374 c.c.), l'applicazione dei tassi soglia alle prestazioni dovute prima dell'entrata in vigore della l. 108/96 e per altro verso perseguono il principio della lealtà nei rapporti contrattuali che pure va emergendo a livello comunitario come esigenza imperativa di interesse generale; cfr. Corte giust. 9 luglio 1997, cause riunite C-34, 35, 36/95 (id., Rep. 1998, voce Unione europea, n. 1106), e 20 febbraio 1979, causa 120/78 (id., 1981, IV, 290).

Esigenza quest'ultima che rende intollerabile la riscossione di tassi che l'ente erogatore sa essere considerati usurari dal legislatore ed appare consonante con i criteri della ragionevolezza rappresentando, sul piano dell'utilità sociale, una giustificazione più che adeguata al limite apposto alla libertà di iniziativa privata.

Conclusivamente, va ritenuto esistente il diritto dell'attore a pretendere la ripetizione di quanto indebitamente corrisposto a titolo di interessi sulle rate di mutuo acceso in data 30 aprile 1992 in misura maggiore ai tassi effettivi globali medi aumentati della metà via via rilevati ai fini dell'applicazione della legge sull'usura.

Conseguentemente, la Banca popolare Sant'Angelo, in persona del legale rappresentante *pro tempore,* va condannata alla restituzione in favore di Siragusa Raffaele delle somme dallo stesso pagate in epoca successiva al 30 settembre 1997 a titolo di interessi sulle rate del mutuo acceso in data 30 aprile 1992 in misura maggiore ai tassi effettivi globali medi aumentati della metà via via rilevati ai fini dell'applicazione della legge sull'usura, dal ministero del tesoro e pubblicati sulla Gazzetta ufficiale relativamente alla categoria del mutuo con garanzia reale (d.m. 25 settembre 1997, G.U. 30 settembre 1997, n. 228 - tasso 9,39 per cento aumentato della metà -; d.m. 23 dicembre 1997, id., 31 dicembre 1997, n. 303 - tasso del 9,48 per cento aumentato della metà - ; d.m. 23 marzo 1998, id., 27 marzo 1998, n. 72 - tasso dell'8,29 per cento aumentato della metà -; d.m. 24 giugno 1998, id., 30 giugno 1998, n. 150 - tasso del 7,84 per cento aumentato della metà -; d.m. 24 settembre 1998, id., 30 settembre 1998, n. 228 - tasso del 7,33 per cento aumentato della metà, -; d.m. 21 dicembre 1998, id., 31 dicembre 1998, n. 304 – tasso del 5,80 per cento aumentato della metà - ; d. m. 26 marzo 1999 id., 31 marzo 1999, n. 75- tasso del 5,09 per cento aumentato della metà -; d. m. 19 giugno 1999, id., 30 giugno 1999, n. 151 – tasso del 4,92 per cento aumentato della metà d.m. 22 settembre 1999, id., 25 settembre 1999, n. 226 - tasso del 4,90 per cento aumentato della metà -; d.m. 20 dicembre 1999, id., 23 dicembre 1999, n. 300 - tasso del 5,34 per cento aumentato della metà) con l'aggiunta degli interessi legali a far data da ciascuna riscossione delle somme indebitamente percepite dalla convenuta solo a far data dal maggio 1998 (art. 2033 c.c.).

Ogni altra domanda proposta dall'attore va invece disattesa.

*****

IV. Giudice di Pace di Palermo, sentenza 15 aprile 2003, Alessandro G. (Avv. A. Palmigiano) c. B.N.L. (Avv. A. Aiello), Giudice Vitale

Nel caso di smarrimento della carta di credito e successivo utilizzo indebito con nota di spesa con firme palesemente contraffatte, non sorge alcun debito a carico del debitore.

È pertanto illegittima la richiesta di pagamento di tali spese da parte della banca emittente nei confronti del titolare della carta.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI PALERMO

VIII sezione civile

Dott. Vincenzo Vitale ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa iscritta al n. 644/02 R.G. degli affari civili contenziosi, e promossa da Alessandro Giuseppina, rappresentata e difesa dall'Avv. Alessandro Palmigiano

Contro

Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Abele Aiello

Oggetto: condannatorio.

Conclusioni. Come in atti.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con citazione del 28/01/2002, l'attrice Alessandro Giuseppina conveniva in giudizio la BNL S.p.A., al

fine di ottenere il rimborso della somma di € 1.338,69, oltre ulteriore risarcimento.

La stessa chiariva in citazione di essere titolare di un conto corrente presso l'agenzia 5 di Palermo della BNL, e di avere sottoscritto un contratto relativo all'uso della carta Top Cash n. 13350563.

In data 08/05/2001, l'attrice si accorgeva di avere smarrito la suddetta carta, ed effettuava lo stesso giorno denuncia presso la Stazione dei Carabinieri di Palermo, nonché presso la banca, come riscontrato.

La convenuta BNL, successivamente, comunicava all'attrice di avere addebitato sul conto corrente a lei intestato la somma di € 1.338,69, a titolo di spese effettuate con la carte Top Cash, dalla stessa smarrita.

Nel corso dell'attività dibattimentale, veniva accertato tramite prova che la carta Top Cash recava sul retro la sottoscrizione della medesima titolare, come prescritto da regolamento.

Veniva, quindi, acquisita al processo la documentazione riguardante il regolamento contrattuale tra la BNL, i correntisti e gli esercenti.

Non così, viceversa, i contratti stipulati dalla BNL con i singoli esercenti convenzionati.

La causa veniva quindi posta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Al fine di chiarire i termini della questione, appare opportuno svolgere alcune considerazioni di carattere generale in ordine alla carta di debito e di credito.

Tra gli strumenti di pagamento ritenuto socio-economicamente alternativi alla moneta avente corso legale, la carta di credito solleva diverse questioni giuridiche.

In questa sede, si intende riflettere sugli aspetti fisiologici e, per contrappunto, patologici della sua struttura e della sua funzione.
Si tratta di una scelta di metodo che si basa su alcune considerazioni: in primis, nella carta di credito, con gli interessi di ciascuna parte non sono (e non devono essere valutati e studiati come) contrapposti *lato sensu* a quelli di una o più controparti ma si inseriscono in una complessa operazione, teleologicamente costruita per soddisfare pienamente una pluralità di interessi in un'architettura giuridica scomponibile in una serie di rapporti, il tessuto connettivo dei quali si rinviene in alcuni contratti stipulati preventivamente dai soggetti – eterogenei – coinvolti nella vicenda (a tal proposito, semanticamente più corretta sarebbe la locuzione "operazione di pagamento a mezzo della carta di credito").
Sul piano legislativo, l'unico intervento è contenuto nell'art. 12 della legge 197/1991, concernente le conseguenze penali dell'utilizzo indebito e della falsificazione e/o alterazione delle carte di pagamento, senza dubbio poco attinente al caso che ci occupa.
A tale scopo, sembra conveniente comparare schemi giuridici noti – applicabili alla fattispecie – in funzione dei quali valutare comparativamente le ricadute di efficienza di tutela del consumatore, salvo auspicare de iure condendo, se le conclusioni tratte riscontrassero un deficit di protezione, un intervento ad hoc del legislatore.
In via preliminare, bisogna inquadrare la "vicenda" delle carte di credito nell'ambito dei sistemi di pagamento alternativi e sostitutivi della moneta

legale, chiarendone la fisionomia strutturale e funzionale.

La carta di credito, in prima battuta, si atteggia come veicolo documentale di un'operazione complessa, scomponibile in una pluralità di rapporti, la funzione costante della quale consiste nel procurare al consumatore l'accesso a beni o servizi presso selezionati esercenti evitando, attraverso la presentazione della carta, il versamento immediato del prezzo.

Questa funzione si realizza tecnicamente con la previsione di un differimento nel pagamento del prezzo concesso direttamente dall'esercente, carte cd. bilaterali, oppure da un terzo soggetto, carte cd. trilaterali.

In ogni caso, il differimento costituisce, qualificando la carta di credito, l'elemento centrale della fattispecie, idoneo a differenziarla dalle figure economiche e giuridiche affini, in particolare dalle carte di debito (v. la carta Bancomat-P.O.S.) nelle quali l'addebito per il titolare è sempre immediato, realizzando un trasferimento elettronico di fondi. La precisazione appare necessaria ed utile.

Utile alla chiarezza, poiché la velocità di espansione dei mezzi di pagamento alternativi (*lato sensu*) alla moneta legale comporta la presenza sul mercato di molteplici tipi di carte che i soggetti emittenti, differenziando e coordinando i servizi offerti con la relativa domanda, adattano alle peculiari esigenze delle diverse categorie di utenza, accentrando i servizi offerti in un'unica carta multifunzionale; cosicché lo stesso documento può essere utilizzato come carta di credito o come carta di debito (come nel caso della Top Cash della BNL) e non è affatto scontato che il consumatore ne conosca in modo completo differenze ed implicazioni.

Il differimento nel pagamento del prezzo, concludendo, sul punto, costituisce il criterio di fondo per distinguere, nell'ambito delle carte di pagamento, le carte di debito, che consentono un addebito immediato del debito *ex pretio* dei beni e dei servizi oggetto della transazione, e le carte di credito che, al contrario, prevedono un regolamento tra titolare ed emittente differito.

I problemi giuridici più attuali e più interessanti si riscontrano nella carta cd. trilaterale, in cui si assiste ad un'ipotesi di intermediazione nel pagamento: nel rapporto bilaterale debitore-creditore si posiziona un soggetto qualificato che svolge professionalmente l'attività de qua mettendo a disposizione un prodotto finanziario sotto una denominazione specifica e normalmente con una rete per l'esecuzione delle operazioni. La sua fisionomia giuridica articolata e complessa perché, si è visto, servente per più interessi, è costituita da due contratti che le parti stipulano preventivamente: la convenzione di abbonamento (o di associazione) tra l'emittente e il fornitore ed il contratto di rilascio tra l'emittente e l'utilizzatore della carta. Il contratto di scambio, poi, concluso tra l'esercente convenzionato ed il consumatore, salda la trilateralità della vicenda.

Ciascun emittente, a tele riguardo, predispone un regolamento generale che si "distribuisce" nelle due convenzioni, di associazione e di rilascio.

Pur nella varietà delle diverse programmazioni, si possono riscontrare una serie di regole costanti che consentono la ricostruzione della "vicenda" in termine unitari e, nello stesso tempo, sono necessarie (e sufficienti) alla comprensione della sua funzione e della sua struttura.

Sinteticamente, in termini essenziali, ai sensi del contratto di associazione l'esercente si impegna a vendere beni e servizi ad ogni titolare della carta senza pretendere la corresponsione immediata del relativo presso in contanti, previa esibizione della carta e sottoscrizione di un documento (variamente denominato: nota di spesa, ordinativo di spesa, memorandum di spesa, documento di vendita, sale slip) sul quale sono riportati gli estremi dell'operazione conclusa (tipo, quantità, prezzo unitario e globale della merce o del servizio) ed alcuni dati relativi – ma qui le prassi pattizie sono eterogenee – al portatore ed alla carta (intestazione, numero, scadenza).

L'emittente si obbliga a pagare, entro un breve termine, all'esercente gli importi delle note di spesa trattenendo a proprio favore una determinata quota – fissa e definita in relazione alla categoria merceologica dell'esercente aderente al circuito – dell' importo fatturato (cd. disaggio).

In virtù dell'accordo stipulato fra l'emittente ed il titolare (contratto di rilascio) il primo, dietro corrispettivo di una commissione annua (cd. canone), generalmente di modico importo, rilascia al secondo la carta di credito – assegnandone solo il possesso, rimanendo la proprietà in capo all'emittente – a mezzo della quale è legittimato ad effettuare acquisti presso gli esercenti convenzionati senza pagamento immediato del prezzo.

Il titolare si impegna a corrispondere all'emittente, alle scadenze pattuite e dietro distinta analitica riportata in apposito estratto conto (di norma mensile), il prezzo (qui integrale) dei beni e dei servizi acquistati e goduti – presso gli esercenti

convenzionati – in un determinato lasso di tempo (cd. periodo di contabilizzazione).
La soluzione, quindi, consiste nell'instaurare giuridicamente, come appare naturale in un'ottica centrata sul credito al consumo, un nesso tra acquisto e credito per fondare una (se non altro) corresponsabilità dell'emittente "per ogni disfunzione" del contratto di acquisto delle merci o di utenza dei servizi.
Definito il meccanismo attraverso cui ruota il sistema, nel cui ambito si è venuta ad instaurare la vicenda che ci occupa, occorre identificare – in assenza di una chiara legislazione sul punto - la natura giuridica di siffatto mezzo di pagamento.
Nell'ottica della sostituzione nel lato passivo del rapporto obbligatorio, l'Istituto ritenuto più affine è la delegazione di pagamento (artt. 1269 e ss. del Codice), gravitando l'intera l'operazione non già sulla obbligazione impresa-cliente, ma sull'ordine di pagamento impartito dal cliente all'emittente.
Il rapporto di provvista è disciplinato dal contratto di rilascio (delegante-delegato), quello di valuta dal contratto di scambio (delegante-delegatario), mentre la convenzione di associazione regola il cd. terzo rapporto (delegato-delegatario).
La delegazione di pagamento, in questo caso, si manifesta come delegazione passiva ed allo scoperto; passiva, in quanto l'iniziativa della vicenda dell'intermediazione non è del creditore ma del debitore, ordinando il portatore della carta (delegante) all'emittente (delegato) di pagare all'esercente (delegatario) il prezzo dei beni e dei servizi ricevuti, ed, attraverso il pagamento del debito ex pretio, l'emittente da un lato estingue il rapporto di valuta (delegante-delegatario), dall'altro acquista il diritto di conteggiare al portatore della

carta nel rapporto di provvista il pagamento eseguito.
Delegazione allo scoperto in quanto, almeno nella configurazione fisiologica, il titolare non precostituisce presso l'emittente la provvista necessaria per i pagamenti (anche se – si precisa – nulla vieta che ciò sia previsto pattiziamente, ed è ciò che di fatto avviene) e, soprattutto, poiché il delegato effettua, pagando, un'attribuzione al solo delegatario (impresa convenzionata).
Ne segue che l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria si atteggia come "adempimento soggettivamente indiretto".
Infine, ultima nota caratterizzante la delegazione de qua, il *iussum*, costituito dalla nota di spesa firmata dal delegante, viene trasmesso al delegato dal delegatario che verifica, in sostituzione del primo, la legittimazione ad ordinare (del delegante-portatore della carta), qualificando la delegazione come indiretta.
Occorre dar conto, in questa sede, di altra tesi – che si condivide solo nei suoi aspetti conclusivi, di equità – che tende ad identificare il sistema de quo con l'istituto della cessione del credito.
A tal proposito, però, non sembra opportuno (né utile per gli scopi che si intendono perseguire) valutare la plausibilità dell'una o dell'altra ricostruzione giuridica misurandone la "correttezza" in funzione della loro attendibilità e conformità al dato positivo, sia esso il codice civile (al quale si può risalire fisiologicamente secondo la tesi della delegazione) sia esso la disciplina convenzionale (che costruisce e realizza una cessione del credito).
Lo studio dei punti giuridicamente oscuri e problematici dei due modelli proposti (entrambi, di

fatto, sono al "servizio" di una specifica prospettiva: del titolare della carta la delegazione e dell'esercente la cessione) rischia di sconfinare in un dibattito dottrinale, autorevolmente da tempo impostato, dal quale difficilmente si intravede una via d'uscita; mentre un contributo sostanzialmente nuovo potrebbe discendere dall'evidenziare costi e benefici derivanti dalla riconduzione della fattispecie alla delegazione o alla cessione, considerando la posizione giuridica del titolare della carta in relazione agli aspetti critici di "*consumer protection*", concentrati: A) negli effetti della sottrazione e dello smarrimento della carta e, più in generale, dell'utilizzo indebito; B) nella valutazione dell'atteggiarsi, nel rapporto titolare-emittente, delle anomalie del contratto di scambio.

Quanto al primo punto, l'utilizzo indebito della carta di credito, sia la tesi della cessione sia quella della delegazione sostengono, seguendo evidentemente percorsi argomentativi e tecnici diversi, una responsabilità dell'esercente in caso di accettazione della carta con dolo o colpa grave.

Nello stesso senso, la Giurisprudenza conferma la presenza di un obbligo dell'impresa convenzionata circa la verifica (ex art. 1176 c.c., prescindendo dalle ulteriori condizioni generali del contratto) di conformità tra la sottoscrizione del cd. *memorandum* di spesa e lo specimen apposto sulla carta, sostenendo, in caso di inadempimento, una responsabilità non solo contrattuale ma anche extracontrattuale dell'esercente.

Le suesposte tesi giungono, però, a soluzioni diverse nel caso in cui non sia riscontrabile il dolo o la colpa grave dell'esercente: nella delegazione il rischio grava sul titolare, nella cessione sull'emittente.

In via pattizia o in via legislativa si può – come accade diffusamente – disporre l'esclusione, in misura prestabilita, della conteggiabilità al titolare dei pagamenti abusivi purché quest'ultimo adempia l'onere di comunicare tempestivamente all'emittente lo smarrimento o la sottrazione della carta.

Nella tesi delegatoria, tuttavia, per escludere la conteggiabilità non sembra sufficiente la ricezione della denuncia da parte dell'emittente, dovendosi scontare i tempi tecnici "tra ricezione della denuncia e diffusione dell'informazione alle imprese convenzionate".

La giurisprudenza sembra accogliere tale ultimo orientamento, sostenendo la presenza permanente, in capo al titolare della carta, di un obbligo di custodia diligente indipendentemente dall'eventuale previsione contrattuale dell'obbligo di denuncia, condizionato questo all'evento perdita o furto ed atteggiandosi, quindi, come eventuale.

La ricostruzione delegatoria sembra delineare – a parere dell'odierno Giudicante - una ripartizione dei rischi più equa ed, a dispetto di quanto potrebbe apparire prima facie, non assegna al titolare della carta una posizione giuridica particolarmente vessatoria poiché è temperata dall'obbligazione dell'emittente verso il portatore (ex art. 1375 c.c.) di divulgare tempestivamente i fatti incidenti sulla legittimazione, con la conseguenza che, se effettuata in tempi superiori a quelli necessari (in ragione della distanza o di altri fattori logistici), il titolare sarebbe legittimato a respingere il conteggio a suo carico.

Del resto ipotizzare un obbligo, gravante sull'emittente, di controllo della autenticità delle firme apposte sui documenti di spesa, a mezzo

raffronto con quella posta sul retro della carte o sul contratto di rilascio, non appare pienamente equo: nello specifico, infatti la carta non risulta nella disponibilità dell'emittente (che può solo ritirarla) e non vi è alcun obbligo in tal senso.
L'alternativa – che si fa propria – si riduce al ricorso (proprio della cessione) all'applicazione dei principi di correttezza (il che significa probabilmente non rendersi conto del numero dei documenti di spesa quotidianamente inviati) oppure, più semplicemente ed in misura più adatta alla velocità di circolazione dei beni nel mercato di massa, alla configurazione dell'obbligo di controllo della regolarità della nota di spesa in capo all'esercente associato, sostituto dell'emittente (ipotesi scaturente dalla teoria della delegazione).
Pensando la spendita della carta come una delegazione passiva di pagamento, di riflesso, è possibile trarre il principio, per cui "l'emittente non può conteggiare al portatore il pagamento effettuato all'esercizio benché conoscesse o colpevolmente ignorasse i vizi (genetici o funzionali) di quel rapporto".
Questa conclusione è imposta dalla circostanza che l'ordine di pagamento del delegante (il *iussum* – la nota di spesa firmata – è riferito ad un certo tipo contrattuale, denuncia il tempo ed il luogo dell'esecuzione della controprestazione, la qualità e la quantità del suo oggetto) è imputabile al rapporto di valuta: ne deriva, tra l'altro, l'opponibilità delle eccezioni relative ex art. 1271 Codice Civile.
Si rifletta, in particolare, sulla disposizione di cui al secondo comma della succitata norma, secondo cui " il delegato non può opporre al delegatario le eccezioni che avrebbe potuto opporre al delegante,

salvo che sia nullo il rapporto tra delegante e delegatario".

Al fine di applicare le suesposte considerazioni al caso che ci occupa, appare fondamentale sottolineare alcuni punti certi della vicenda:

I) L'attrice, titolare e firmataria della carta Top Cash, al momento della scoperta provvedeva immediatamente a denunciare lo smarrimento, sia ai Carabinieri che alla Bnl.

II) La Top Cash in questione, potendo indifferentemente funzionare sia come pago-bancomat che come carta di credito, veniva utilizzata – a seguito del suo smarrimento – come carta di credito: prova le firme (c.d. *specimen*) apposte sugli scontrini prodotti in copia, firme necessarie in vece della digitazione del codice segreto, non richiesta per la Top Cash in "modalità" carta di credito".

III) Dall'analisi delle condizioni di contratto regolanti il rapporto tra la Bnl e gli esercenti, applicabili analogicamente al caso di specie, risultano una serie di obblighi e divieti a carico degli esercenti-fornitori, tra cui:

- l'obbligo di far sottoscrivere le note di spesa e di controllare la corrispondenza della firma apposta con quella del titolare della carta;
- nei casi dubbi, l'obbligo di confrontare la firma apposta alla loro presenza con quella apposta su valido documento di identificazione;
- il divieto di accettare la carta presentata da persona diversa dal titolare.

Le operazioni effettuate dagli esercenti senza l'osservanza delle condizioni e modalità di cui sopra – come dispone l'art. 6 del regolamento TopCard – "non sono valide e pertanto non fanno sorgere alcun obbligo a carico della banca".

Come è stato accertato, gli esercenti convenzionati invero non ottemperano agli obblighi posti a loro carico, come risulta dalla manifesta, palese difformità (anche di sesso !) tra le firme recate sugli scontrini e la firma dell'attrice, come si riscontra a tergo del contratto bancario allegato.
In ultima analisi, la Bnl pagava ai suoi convenzionati delle somme per una serie di operazioni non valide e, di contro, addebitava le stesse all'attrice.
La Giurisprudenza di merito, nei riguardi di un caso analogo, ha espresso recentemente un orientamento, a cui si ritiene di dover aderire: il Giudice di Pace di Pordenone, in una pronuncia del 29/07/99 che potremmo definire quale *"leading case*", afferma al riguardo che "…se da un lato il fornitore ha il dovere giuridico di accertarsi dell'identità del titolare, dall'altro in capo all'emittente (n.d.r., la banca) sussiste l'obbligo di verificare la correttezza delle operazioni prima di effettuare lo spostamento del denaro a favore del fornitore.
Conseguentemente, nel caso di smarrimento o furto dello strumento elettronico di pagamento, l'emittente non può esercitare nei confronti del titolare il diritto al rimborso di somme pagate a causa dell'interposizione abusiva di altri soggetti non legittimati, perché nessun debito è mai sorto a carico del titolare".
Il principio giuridico, espresso a proposito del furto di una carta di credito, appare senz'altro applicabile – in via analogica – alla vicenda che ci occupa, atteso che (come sopra specificato, e sufficientemente provato) la Top Cash dell'attrice veniva indebitamente utilizzata non come

bancomat-carta di credito, ma in modalità carta di credito. Ma vi è di più.

Da un'analisi del panorama giurisprudenziale sul rapporto banche – correntisti, si evince un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, i cui principi ispiratori portano ad affermare una sorta di responsabilità dell'istituto bancario ex art. 2049 c.c..

La natura giuridica della responsabilità prevista dalla succitata norma è stata costruita come un'ipotesi di responsabilità oggettiva, di quella responsabilità cioè che prescinde anche dalla colpa, e dove peraltro anche l'elemento della causalità viene valutato in maniera peculiare.

La responsabilità così congegnata troverebbe fondamento nel più generale rischio d'impresa (e per il nostro legislatore, l'attività bancaria non può che svolgersi sotto forma di impresa), ovvero nell'ampliamento della sfera d'azione del preponente che si sia avvalso dell'opera altrui (c.d. convenzionati).

Degna di citazione, in tal senso, appare la sentenza della Corte di Cassazione 2574/1999 (in Guida al Diritto n. 14 del 19/04/00, pp. 51 e ss.), ove si afferma che – in ordine al rapporto di preposizione – affinché tale rapporto sia configurabile, è necessario che sussista un vincolo tra colui che pone in essere l'attività e colui che la svolge, vincolo che non necessariamente riveste i caratteri del rapporto di lavoro subordinato.

Si individua, in buona sostanza, il fondamento della responsabilità ex art. 2049 c.c. nell'allargamento della sfera d'azione del preponente (l'istituto bancario) il quale, preferendo avvalersi dell'attività altrui per realizzare comunque i propri interessi (leggasi, commissioni

bancarie), si trova necessariamente coinvolto nei vantaggi e negli svantaggi di tale opzione.
Per i Giudici di Legittimità, la prova liberatoria a carico della banca, lungi dal riguardare profili soggettivi di colpa, verte sulla natura dell'attività espletata dal preposto, che deve essere estranea al rapporto diretto o indiretto con l'istituto e non deve aver comportato lo sfruttamento della struttura organizzativa, come sopra descritta.
Alla luce delle suesposte considerazioni, appare legittimo affermare la responsabilità degli esercenti fornitori, i quali con il loro comportamento colposo, e comunque negligente, hanno avallato una serie di operazioni non valide, e conseguentemente, in virtù della convenzione con l'istituto bancario, quali sostituti dell'emittente, della Banca Nazionale del Lavoro S.p.A..
In accoglimento della richiesta dell'attrice Alessandro Giuseppina, si dichiara la convenuta Bnl obbligata al rimborso della somma di € 1.338,69, cifra che va maggiorata degli interessi legali (decorrenti dalla data dell'indebita percezione e fino al soddisfo), oltre che della rivalutazione monetaria, quest'ultima voce a titolo di maggiore danno subito.
Le spese di lite seguono la soccombenza.

P. Q. M.

Visti gli artt. 1269, 1176, 1375 e 2049 del Codice Civile;
Dichiara la convenuta Banca Nazionale del Lavoro, come sopra rappresentata e difesa, obbligata al rimborso, in favore dell'attrice Alessandro Giuseppina, della somma di € 1.338,69, oltre interessi e rivalutazione, per un totale di € 1.434,85 (interessi sul capitale rivalutato mensilmente).

Condanna la B.N.L. a rimettere nei confronti della Sig.ra Alessandro Giuseppina, così come rappresentata e difesa, la somma totale di € 1.434,85.
Conseguenzialmente, condanna la convenuta B.N.L. al pagamento di spese, competenze ed onorari del presente giudizio, che determina in € 1.400,00, in base alle tabelle in vigore.
Così deciso in Palermo il 15/04/2003

*****

V. Tribunale di Patti, sentenza 23 giugno 2003, X c. Y

Sono nulle le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, inserite in un contratto bancario stipulato anteriormente all'entrata in vigore della delibera di cui all'art. 120, 2° comma, tub, con la quale il Cicr ha stabilito modalità e criteri per la produzione di interessi anatocistici.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PATTI

(Omissis)
Ciò posto, è anzitutto fondato il motivo d'opposizione concernente la nullità della clausola di cui all'art. 7, comma 2° N.B.U., che prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi. In proposito, è utile ripercorrere brevemente l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità e dei conseguenti interventi del legislatore, onde individuare la normativa concretamente applicabile nella fattispecie.
Con indirizzo assolutamente costante (inaugurato da Cass. n. 6631 del 1981), la giurisprudenza di

legittimità ha per lungo tempo avallato la prassi della capitalizzazione trimestrale degli interessi sull'apertura di credito in conto corrente (ma anche sullo sconto bancario e sul mutuo), in chiara deroga rispetto al divieto di anatocismo fissato dall'art. 1283 c.c.. Caposaldo di tale interpretazione era rappresentato dalla ritenuta esistenza di usi normativi nel settore bancario, che consentivano di portare gli interessi passivi a capitale alla chiusura del trimestre, con conseguente produzione di ulteriori interessi (ex multis, Cass. n. 3760 del 1985, n. 4920 del 1987, n. 3804 del 1988, n. 2644 del 1989, n. 7251 del 1992).

Nel 1999, la Suprema Corte, con le sentenze n. 2374, n. 3096 e n. 12507, ha improvvisamente mutato indirizzo, ritenendo la nullità della clausola in questione. In particolare, Cass. n. 12507 del 1999 ha così riassunto le ragioni del revirement giurisprudenziale: "a) l'art. 1283 c.c. ammette l'anatocismo a determinate condizioni. La disposizione, pacificamente ritenuta di carattere imperativo e di natura eccezionale, contiene due norme: con la prima si limita la possibilità che interessi scaduti possano produrre ulteriori interessi alla sola ipotesi di interessi dovuti per almeno un semestre, mentre con la seconda la produzione di ulteriori interessi è subordinata alla formulazione di una domanda giudiziale (che ne determina anche la decorrenza) ovvero al perfezionamento di una convenzione successiva alla scadenza degli interessi stessi; b) la norma ammette la possibilità di deroga da parte di usi contrari, ma deve trattarsi di veri e propri usi normativi (artt. 1 e 8 disp. sulla legge in generale) e non di semplici usi negoziali (art. 1340 c.c.) o interpretativi (art. 1368 c.c.); c) in materia non

hanno quindi rilievo le c.d. norme bancarie uniformi predisposte dall'associazione di categoria (Associazione bancaria italiana - ABI), in quanto esse non hanno natura normativa, ma soltanto pattizia, trattandosi di proposte di condizioni generali di contratto indirizzate dall'associazione alle banche associate; d) bisogna allora verificare l'esistenza di una consuetudine (fonte di diritto), in base alla quale nei rapporti tra banca e cliente gli interessi a carico di quest'ultimo possano essere capitalizzati (e quindi possano produrre ulteriori interessi) ogni trimestre; e) l'indagine al riguardo conduce a risultati negativi, in difetto di elementi idonei a concretizzare la consuetudine suddetta".

Approfittando della delega per il riordino del t.u. bancario (d.lgs. n. 385/1993), il Governo, evidentemente non insensibile alle preoccupazioni suscitate nel sistema creditizio dal citato orientamento, ha prontamente offerto la norma "salvagente" di cui all'art. 25 d.lgs. n. 342 del 1999, che ha inserito all'art. 120 t.u.b. il comma 2° (che attribuisce al CICR il potere di stabilire modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi; il CICR ha provveduto con delibera 9 febbraio 2000, entrata in vigore il 22 aprile 2000) e il comma 3° (che faceva salve le pattuizioni pregresse, in tal modo neutralizzando gli effetti del revirement giurisprudenziale). Tale ultima norma, peraltro, è caduta sotto la scure della Corte Costituzionale, che ne ha dichiarato l'illegittimità con sentenza n. 425 del 2000, per eccesso di delega.

Allo stato, pertanto, può dirsi che la clausola sulla capitalizzazione degli interessi, in base alla citata delibera del CICR, deve ritenersi del tutto valida per i contratti stipulati a far data dal 22 aprile

2000, secondo quanto pattuito dalle parti, purché con la stessa periodicità per gli interessi debitori e creditori, mentre per i contratti già in essere, previo adeguamento contrattuale, altrettanto può dirsi solo a partire dal 1° luglio 2000 (in tal senso, v. art. 7 delibera CICR citata).

Tornando al caso di specie, poiché il conto corrente di corrispondenza n. 011034.05 fu acceso il 3 marzo 1993 e chiuso alla data del 23 gennaio 1997, non v'è dubbio che le relative pattuizioni contrattuali soggiacciano in pieno alla normativa codicistica antecedente alla riformulazione dell'art. 120 t.u.b.

Ciò posto, ritiene il giudicante di dover incondizionatamente aderire al nuovo indirizzo della Suprema Corte (peraltro recentemente ribadito con sentenze n. 1281, n. 4498 e n. 14091 del 2002), giacché le principali censure mossegli da parte della dottrina e dalla giurisprudenza di merito dissenziente non paiono cogliere nel segno.

Infatti, muovendo anzitutto l'esame dal punto di vista storico, s'è sostenuto che la capitalizzazione trimestrale non sarebbe stata introdotta dall'ABI con effetto dal 1° gennaio 1952, ma sarebbe addirittura preesistente a tale data. In proposito, deve anzitutto escludersi la possibilità di ricavare la liceità (mediata) della capitalizzazione trimestrale attraverso il richiamo alla normativa del codice civile del 1865 e del Codice di Commercio del 1882. Infatti, come osservato da attenta dottrina, per quanto l'art. 1232 c.c. 1865 stabilisse tra l'altro che "gli interessi scaduti possono produrre interessi o nella tassa legale in forza di giudiziale domanda e dal giorno di questa, o nella misura che verrà pattuita in forza di una convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi. Nelle

materie commerciai l'interesse degli interessi è inoltre regolato dagli usi e dalle consuetudini", mentre l'art. 1 cod. comm. 1882, in relazione alla gerarchia delle fonti, statuisse addirittura la prevalenza degli usi e consuetudini sulle stesse norme del codice civile (e quindi sullo stesso art. 1232 c.c.), è evidente che l'unificazione tra diritto civile e commerciale, con la contestuale affermazione della generale supremazia della legge sugli usi, non lascia a questi ultimi un ambito d'intervento maggiore rispetto a quello loro riservato dalla stessa legge. Dalla dicotomia normativa preesistente, quindi, non può affatto inferirsi la sussistenza di un uso normativo, neppure sotto il profilo soggettivo.

Sono parimenti da disattendere le ulteriori argomentazioni poste su base storica a sostegno della liceità della clausola in esame. Una prima, che rinvia al contenuto di alcuni testi di tecnica bancaria pubblicati anteriormente all'entrata in vigore del c.c. vigente, non tiene nella dovuta considerazione il fatto che le affermazioni degli autori circa l'esistenza della prassi della capitalizzazione sistema bancario sono tutt'altro che univoche, essendo tra loro discordanti circa la cadenza trimestrale o semestrale della chiusura del conto. Pertanto, noto essendo che la componente oggettiva dell'uso presuppone la reiterazione costante del medesimo comportamento (c.d. *diutumitas*), dalla rinvenuta discordanza può anzi ricavarsi la prova dell'inesistenza di un uso normativo nel settore in parola.

Né può trarsi alcun argomento dal "Testo delle norme che regolano i conti correnti di corrispondenza" predisposto dalla Confederazione Generale Fascista nel 1929, che all'art. 1 prevedeva

che "i conti che risultino anche saltuariamente debitori si regoleranno, in via normale, trimestralmente". Attenta dottrina ha osservato come, dalla semplice lettura della lettera della Confederazione del 7 gennaio 1929, di accompagnamento alle predette "norme" alle banche (obbligatoriamente associate), risulti anzi l'esatto contrario di quanto auspicato da coloro che richiamano tale argomento: infatti, in detta missiva (allegata alla Circolare della Confederazione n. 30/2545 del 7 gennaio 1929) è dato leggere: "Spett. Banca, la Commissione per la razionalizzazione dei servizi bancari costituita presso questa Confederazione proseguendo i suoi lavori ha concretato il Testo delle norme che regolano i conti correnti di corrispondenza'' quale riportato in allegato e ne propone l'adozione da parte delle Banche affinché il servizio in parola abbia a svolgersi nei rapporti della Clientela secondo norme uniformi". Orbene, a fronte di tali risultanze, pare davvero arduo poter anche solo ipotizzare la spontaneità del comportamento, evidente essendo il tentativo dell'associazione di regime di imporre uniformità in un settore in cui, all'evidenza, uniformità non v'era (altrimenti, la "proposta" non avrebbe avuto alcun senso).

Sempre sotto il profilo storico, infine, non si giunge a diverse conclusioni attraverso l'esame delle raccolte degli usi da parte delle Camere di Commercio, per gli effetti di cui all'art. 9 disp. prel. c.c.. Infatti, la raccolta degli usi predisposta dalla Camera di Commercio di Messina in cui, per la prima volta, viene riportata la capitalizzazione trimestrale sui conti debitori risale al 1970 (v. art. 317), ossia ad epoca di gran lunga posteriore all'entrata in vigore del c.c. del 1942. Pertanto, ove

si consideri quanto già evidenziato sopra circa la gerarchia delle fonti, è evidente che, quantomeno nella nostra provincia, un uso siffatto non può che qualificarsi contra legem. Del resto, ripercorrendo l'analisi storica effettuata da autorevole dottrina, se si estende l'esame su base nazionale, emerge che, mentre nelle raccolte antecedenti al 1951 o di poco successive (ad eccezione di quella di Milano) o non si fa cenno agli usi bancari in tema di capitalizzazione trimestrale ovvero vengono riscontrati usi difformi circa la cadenza temporale, in quelle redatte in epoca successiva viene in evidenza il ruolo preponderante dell'ABI nell'accertamento di tali usi (v. ad es., la delibera della Camera di Commercio di Ascoli Piceno del 1953, in cui si legge: "in provincia di Ascoli Piceno vengono generalmente applicati gli usi di banca accertati dall'Associazione Bancaria Italiana"), che finisce quindi con lo svilire - nel settore in esame - la funzione imparziale attribuita alle Camere di Commercio nella individuazione degli usi medesimi. Ancora, prosegue la dottrina citata, il ruolo guida dell'ABI viene rimarcato da una delibera della Camera di Commercio di Bologna con cui fu addirittura proposta l'abolizione del capitolo "Usi negoziali di banca" contenuto nella raccolta del 1953, in quanto riproduttivo di un mero accordo interbancario a carattere nazionale.

È stato anche sostenuto (Trib. Bari, 28 febbraio 2001) che la c.d. capitalizzazione trimestrale degli interessi avrebbe trovato definitivo riparo legislativo mediante il richiamo ad essa operato dall'art. 8, l. n. 154 del 1992. In proposito, è stato correttamente osservato che detta norma non legittima affatto la capitalizzazione trimestrale, nulla essa precisando riguardo alla cadenza

periodica dell'operazione contabile; ma, soprattutto, è stato affermato che essa "non può avere il significato di deroga al disposto dell'art. 1283 c.c." (Cass. n. 14091 del 2002).
Pertanto, deve concludersi sul punto che, in subiecta materia, non può affermarsi l'esistenza di un uso normativo derogatorio rispetto al divieto di cui all'art. 1283 c.c., giacché la previsione dell'art. 7 comma 2° N.B.U. (regolarmente sottoscritta dall'opponente) non è altro che una clausola versata in condizioni generali di contratto.
Altro filone interpretativo muove invece da un diverso angolo prospettico. Per una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, infatti, già prima del revirement della Suprema Corte (v. in particolare Trib. Roma n. 15923 del 1996, ma anche, in consapevole contrasto con la Cassazione, di recente, con la sentenza 9 maggio 2001; v. anche Trib. Bari, cit.) la capitalizzazione degli interessi non è da ascrivere all'esistenza di un uso normativo, ma è conseguenza della normale chiusura periodica del conto. In sostanza, si fa riferimento alle norme dettate dal codice civile in tema di operazioni bancarie in conto corrente (art. 1852 e se. c.c.), che richiamano, a loro volta (art. 1857) le norme in tema di conto corrente ordinario. Più in dettaglio, dal rilievo a) che l'art. 1823 c.c. considera il saldo non richiesto come prima rimessa di un nuovo conto; b) che l'art. 1825 c.c. stabilisce che sulle rimesse decorrono gli interessi pattuiti e c) che l'art. 1831 c.c. attribuisce alle parti il potere di determinare le scadenze di chiusura e di liquidazione del saldo, si giunge alla conclusione che la clausola in esame venga ad operare su un piano del tutto diverso rispetto alla regola dettata dall'art. 1283 c.c..

Il riferito orientamento si espone ad agevoli critiche; tra le più significative, anzitutto, v'è la circostanza obiettiva che l'art. 1857 c.c., che individua le norme applicabili per le operazioni bancarie in conto corrente, richiama esclusivamente gli artt. 1826, 1829 e 1832, con esclusione espressa delle norme sopra richiamate e, principalmente, dell'art. 1831, che disciplina la chiusura del conto e consente di portare gli interessi a capitale: tale aspetto, invero (a meno di non voler completamente sminuire il senso del limitato richiamo operato dal legislatore) appare difficilmente superabile (v. Cass. n. 14091 del 2002). A ciò si aggiunga che, a differenza del conto corrente di corrispondenza (nel quale il saldo attivo è sempre immediatamente esigibile, mentre il saldo passivo lo diventa previo recesso da parte della Banca ex art. 1845 c.c. o eventuale disciplina pattizia derogatoria), nel contratto di conto corrente ordinario il saldo è inesigibile fino alla chiusura del conto, ex art. 1823 c.c., il che ha un sicuro rilievo nella sua "trasformazione" in prima rimessa di un nuovo conto qualora, alla scadenza, non ne sia richiesto il pagamento.

Pertanto, si pone in definitiva la necessità di rideterminare il saldo del c/c bancario in questione, poiché l'importo ingiunto è sicuramente non dovuto, comprendendo interessi illegittimamente portati a capitale. Tuttavia, ferma restando l'illegittimità della capitalizzazione trimestrale, è necessario in primo luogo stabilire se, nella riliquidazione del saldo di c/c, l'interesse debba essere capitalizzato con diversa scadenza (semestrale o annuale), ovvero non debba computarsi sul capitale puro.

Al riguardo, è stato sostenuto in dottrina che l'art. 1831 c.c., pur non direttamente applicabile al conto corrente di corrispondenza, costituirebbe espressione di un principio generale laddove prevede che la chiusura del conto, in mancanza di scadenza pattizia o consuetudinaria, andrebbe effettuata al termine di ogni semestre; in sostanza, si sostiene, il riferimento al semestre disposto dalla norma citata potrebbe essere recuperato in via analogica ai fini che occupano. Ora, non pare al giudicante come la soluzione prospettata possa ritenersi convincente, noto essendo che il presupposto del ricorso al procedimento analogico è l'esistenza di una lacuna normativa; nella specie, non è ravvisabile alcun vuoto normativo, se è vero che il meccanismo attraverso cui gli interessi scaduti possono a loro volta produrre interessi è interamente regolato proprio dall'art. 1283 c.c., norma che, secondo la citata giurisprudenza di legittimità, come s'è detto, trova piena applicazione anche nei rapporti bancari regolati in conto corrente.

Altra autorevole dottrina - seguita da una parte della giurisprudenza di merito,tra cui il Tribunale di Milano (non sono note pronunce edite) - propugna invece la capitalizzazione annuale sui conti debitori, ravvisandone il supporto normativo nel riferimento all'anno operato dall'art. 1284 c.c. per la scadenza dell'obbligazione di interessi. Si osserva, infatti, che, in mancanza di capitalizzazione annuale, verrebbe meno la responsabilità da inadempimento dell'obbligazione di interessi. Tale impostazione, tuttavia, non può condividersi; pare al giudicante come altro sia la periodicità temporale fissata dalla legge per il computo degli interessi, altro sia, invece, la

previsione del termine perché questi siano portati a capitale. La tesi, poi, sfugge ad un semplicissimo rilievo: resterebbe infatti da comprendere per quale motivo la soluzione prospettata, in assenza di apposita domanda giudiziale o convenzione, ex art. 1283 c.c., non potrebbe applicarsi (il che è pacifico) ad un credito di valuta ordinario non pagato alla scadenza, e ciò pur essendo identica la natura dei due crediti considerati. Non senza dire che è proprio il dettato dell'art. 1283 c.c. a prevedere le ristrette modalità attraverso cui giungere alla "sanzione" da inadempimento dell'obbligazione da interessi.

Secondo altra tesi, sempre nel senso della capitalizzazione annuale, osservato che l'interesse viene portato a capitale con frequenza trimestrale in caso di saldo passivo del c/c e con frequenza annuale in caso di saldo attivai si ritiene la clausola relativamente vessatoria (ai sensi della nuova normativa dettata a tutela del consumatore, ex art. 1469-bis ss. c.c.), nella parte in cui consente una maggiore frequenza dell'operazione a favore della banca e la si considera inefficace in parte qua, consentendo quindi la capitalizzazione annuale, a pari condizioni di reciprocità. La tesi, a parte la questione della natura vessatoria o meno della clausola (tutt'altro che pacifica), non pare però esaurientemente affrontare il problema della nullità della clausola medesima: in sostanza, se non esiste un uso normativo che possa giustificare una deroga all'anatocismo, ex art 1283 c.c., la capitalizzazione non può consentirsi sotto nessun profilo, quand'anche accettata dal cliente nella parte a se favorevole. Va anche aggiunto che la normativa a tutela del consumatore non è applicabile, ovviamente, al cliente professionista,

con le limitate conseguenze pratiche sul piano applicativo.
In definitiva, tornando al caso che occupa, non resta che rideterminare il saldo senza capitalizzazione, non essendo rinvenibile nel sistema alcun parametro normativo atto a conferire al credito bancario derivante dal conto corrente di corrispondenza (per l'epoca antecedente alla novellazione dell'art. 120 t.u.b. - v. supra) natura diversa rispetto a qualsiasi altro credito di valuta. Ogni rimessa andrà quindi imputata prima ad interessi e spese e poi al capitale, ex art. 1194 c.c.

*****

VI. Tribunale di Caltanissetta, ordinanza 15 dicembre 2003, Ginevra C. (Avv. M. G. Riggi) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. L. Cascino), Giudice Leone

L'esperimento del tentativo di conciliazione in materia di telecomunicazioni costituisce condizione di procedibilità in difetto del quale è inammissibile l'azione cautelare ex art.700 c.p.c. promossa dall'utente nei confronti della società di telefonia.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI CALTANISSETTA

Sezione Civile

Nella persona del dott. Antonia Leone — Giudice, a scioglimento della riserva di cui al verbale dell'udienza camerale del 2 dicembre 2003, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Letti gli atti del procedimento n. 1599/2003 promosso da Ginevra Calogero, rappresentato

e difeso dall'Avv. Maria Grazia Riggi contro la Telecom Italia Spa, rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi Cascino,

OSSERVA

Con l'atto introduttivo del presente procedimento il ricorrente chiedeva di ordinare alla Telecom Italia Spa l'immediata riattivazione della utenza telefonica precedentemente assegnatagli.

Premetteva il ricorrente che nelle fatture n. 1 e 3 del 2003 (rispettivamente dell'importo di Euro 260 ed Euro 309) gli erano stati addebitati i costi di connessioni telematiche verso il numero "70X", che affermava di non avere mai effettuato.

Aggiungeva di avere sporto denunzia presso l'autorità Giudiziaria per il delitto di truffa su indicazione dell'operatore della Telecom.

Precisava il ricorrente di avere subito la disattivazione della linea telefonica in data 7 settembre 2003, senza alcun preavviso e di avere contattato il servizio 187 di Telecom Italia e che su indicazione dell'operatore aveva effettuato il pagamento (con riferimento ai periodi delle fatture n. 1 e 3) limitatamente al solo canone telefonico e di avere poi regolarmente saldato le successive fatture inviategli dalla Telecom Italia spa..

In ultimo affermava che a tutt'oggi la linea telefonica è rimasta disattivata.

Si costituiva in giudizio la Telecom Italia Spa che rilevava la improcedibillità della domanda per non essere stato esperito il tentativo di conciliazione previsto dalla legge 249/1997, nonché la inammissibilità dell'azione ex art. 700 cpc poiché il

ricorrente avrebbe dovuto azionare il tentativo di conciliazione.
In ultimo rilevava, nel merito, la insussistenza del "*fumus boni iuris*" e del "*periculum in mor*a".
Ritiene il decidente che la prima eccezione sollevata dalla parte resistente è meritevole di accoglimento con la conseguente declaratoria di improcedibilità dell'azione.
Infatti, in tema di telecomunicazioni la legge n. 249/1997, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle comunicazioni e radiotelevisivo, al comma 11 dell'art. 1 stabilisce che l'Autorità Garante, con proprio provvedimento, disciplina le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie e soprattutto, per le controversie specificamente individuate dall'Autorità, non può proporsi ricorso giurisdizionale sino a quando non sia stato esperito un obbligatorio tentativo di conciliazione, prevedendo una sospensione dei termini processuali.
L'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni con regolamento approvato in data 19 giugno 2002, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 18 luglio 2002, all'art. 3 ha stabilito "Gli utenti, singoli o associati, ovvero gli organismi di telecomunicazioni, che lamentino la violazione di un proprio diritto o di un interesse protetto da un accordo di diritto privato o dalle norme in materia di telecomunicazione attribuite alla competenza dell'autorità e che intendano agire in giudizio, sono tenuti a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione dinanzi al comitato regionale per le comunicazioni competente per territorio".
Inoltre, nel successivo art. 5 è disciplinata la facoltà per l'utente, in pendenza della procedura

del tentativo di conciliazione, di chiedere al Dipartimento garanzie e contenzioso dell'Autorità, l'adozione di provvedimenti temporanei ed urgenti diretti a garantire l'erogazione del servizio o a far cessare le forme di abuso.

Sul punto si deve rilevare che non è accoglibile l'osservazione della parte ricorrente, secondo la quale il tentativo di conciliazione costituisce condizione per il giudizio di merito e non per l'azione cautelare richiamando alla norma di cui all'art. 412 bis c.p.c..

Invero, nella fattispecie in esame, proprio per la possibilità di chiedere ad un apposito organo, terzo rispetto alle parti in causa, l'adozione di provvedimenti cautelare non è inficiato il diritto costituzionale di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione.

Inoltre, il richiamato ultimo comma dell'art. 412 bis cpc, che ammette la possibilità di ricorrere ai provvedimenti di urgenza anche in mancanza di espletamento del tentativo di conciliazione, introduce esplicitamente una deroga al sistema generale.

Nel caso in esame, mancando la prova dell'esperimento del tentativo di conciliazione deve dichiararsi la improcedibilità del ricorso.

In considerazione della peculiarità della fattispecie stimasi equa la integrale compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Visto gli artt. 669 septies e 700 c.p.c..

Dichiara improcedibile il ricorso nell'interesse di Ginevra Calogero. Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente giudizio.

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di rito.

Caltanissetta, 5 dicembre 2003

*****

VII. Giudice di Pace di Alì Terme, sentenza 27 gennaio 2004 n. 144, Restivo L. (Avv. L. Giacobbe) c. Telecom Italia S.p.A., (Avv. I. Cardillo), Giudice Calabrò

Deve riconoscersi il risarcimento de danno esistenziale subito dall'utente per non avere potuto beneficiare della riservatezza del nuovo numero telefonico attribuitogli che gli era stata comunicata come erogata dalla società di telefonia.

La non veridicità di tale comunicazione ha infatti prodotto la frustrazione della legittima aspettativa di riserbo sul proprio recapito telefonico che avrebbe certamente garantito all'attore una migliore e meno stressante conduzione della vita quotidiana e di relazione,sia in ambito familiare che in ambito sociale e comprimendo in tal modo l'espressione della personalità dell'attore stesso secondo le legittime intenzioni liberamente volute.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE ALI' TERME

IL GIUDICE DI PACE DI ALI' TERME
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 82/C/04 R.A.C., promossa da RESTIVO LUIGI, elett.te dora. ta in Messina, via Luciano Manara, 106 is. 130, presso lo studio del proprio difensore e procuratore Avv. Luigi Giacobbe

ATTORE

Contro

TELECOM ITALIA SPA., in persona del procuratore speciale, legale rappresentante pro-tempore, avv. Vittorio Fusco elett. te dom. to in Messina, via Cesareo, is.185/B n. 29, presso lo studio del proprio procuratore e difensore avv. Ignazio Cardillo

CONVENUTA

Oggetto: risarcimento danni

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 26.1.2004 R. L. conveniva dinnanzi a questo Ufficio Giudiziario la Telecom Italia S.p.A., nella persona del rappresentante legale *pro-tempore*, per sentir accogliere le seguenti domande e conclusioni: 1) ritenere e dichiarare che egli ha subito un danno morale e psicologico dalla mancata attivazione, ad oggi, di un nuovo numero telefonico in modalità riservata, da parte della Telecom Italia S.p.A., così come previsto dall'art. 23 delle condizioni generali di contratto; 2) per l'effetto condannare la Telecom Italia S.p.A. al risarcimento dei danni subiti per la violazione della privacy del sig. R. L a seguito dell'inadempimento di cui sopra, quantificato nella complessiva cifra di € 1.000,00, o per quella che Codesto Giudice vorrà liquidare entro i limiti di sua competenza, oltre interessi legali sino al soddisfo; 3) con vittoria di spese e compensi e con distrazione a favore del sottoscritto procuratore, il quale ha anticipato le prime e non riscosso i secondi.

All'udienza del 14.4.2004 si costituiva in giudizio la Telecom Italia S.p.A. depositando fascicolo di parte con comparsa di risposta, con la quale chiedeva l'accoglimento delle seguenti conclusioni: 1) preliminarmente dichiarare l'improponibilità della domanda avanzata da parte attrice per i motivi di

cui in narrativa (assenza agli atti di una documentazione attestante l'avvenuto preventivo obbligatorio tentativo di conciliazione ai sensi e per gli effetti della delibera n.182/02); 2) in via del tutto subordinata, rigettare comunque le domande avversarie in quanto inammissibili ed in ogni caso infondate in fatto ed in diritto. Con vittoria di spese e compensi.

Questo giudice rimetteva, quindi, la causa per una prima volta all'udienza di precisazione delle conclusioni, ed assumeva la causa in decisione. Esaminati gli atti ed i documenti prodotti dalle parti pronunciava, quindi, in data 14.7.2004 un'ordinanza con la quale ordinava alla Telecom Italia S.p.A. di produrre in giudizio l'elenco degli Uffici di Conciliazione istituiti ai sensi dell'art. 2 del Regolamento di Conciliazione firmato dalle Associazioni dei Consumatori con la Telecom Italia S.p.A., comprensivo dei recapiti telefonici dei predetti Uffici e delle relative Segreterie, nonché dei funzionari abilitati a ricevere le domande di conciliazione.

Alla successiva udienza del 21.9.2004 la difesa della Telecom Italia S.p.A. produceva la documentazione relativa alla istituzione della Camera di Conciliazione presso la C.C.I.A.A. di Messina. Le parti, quindi, precisavano ulteriormente le rispettive conclusioni e la causa veniva nuovamente posta in decisione, con termine fino all' 11.10.2004 per il deposito di eventuali note conclusive.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La delibera richiamata dalla convenuta Telecom Italia S.p.A. dispone testualmente all'art. 3, n. 1: "Gli utenti, singoli od associati, ovvero gli organismi di telecomunicazioni, che lamentino la

violazione di un proprio diritto o interesse protetti da un accordo di diritto privato o dalle norme in materie di telecomunicazioni attribuite alla competenza delle autorità e che intendano agire in giudizio, sono tenuti a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione dinnanzi al Corecom competente per territorio". L'art. 12 della stessa delibera, dal titolo "Conciliazione presso altri Organismi" così testualmente dispone: "Gli utenti hanno la facoltà di esperire, in alternativa al tentativo di conciliazione presso il Corecom di cui alla presente Sezione, un tentativo di conciliazione dinnanzi agli Organi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie in materia di consumo che rispettino i principi sanciti dalla Raccomandazione della Commissione 2001/310/C.E. ".

Non v'è dubbio che la domanda di conciliazione in data 27.11.2003 spedita dal sig. R. L. all'Ufficio di Conciliazione ed Arbitrato Telecom Italia — Associazione dei Consumatori, a mezzo telefax spedito in pari data al recapito non contestato di tale Ufficio in Palermo (tel. 091.6889957) sia valsa ad attivare un procedimento di conciliazione dinnanzi ad uno degli Organismi previsti dall'art. 12 della delibera n.182/02/Cons. dell'Autorità Garante per le Comunicazioni. L'accordo quadro firmato dalle Associazioni dei Consumatori con la Telecom Italia prevede, tra l'altro, un Regolamento di Conciliazione, tutt'ora apprensibile sul sito www.187.it. Tale Regolamento all'art. 2 prevede l'istituzione presso alcune sedi di Telecom Italia, tra le quali anche quella di Palermo, di un Ufficio di Conciliazione al quale fanno capo le attività disciplinate in quello stesso regolamento. L'Ufficio di Conciliazione è dotato di una Segreteria che

fornisce ai conciliatori ed alle parti il necessario supporto organizzativo nello svolgimento delle rispettive funzioni ed attività.
Al comma 4 dell'art. 5 del regolamento in questione si legge: "La procedura è gratuita ed è avviata mediante la domanda di conciliazione di cui all'allegato B, che deve essere inoltrata, con raccomandata, ovvero per fax, ovvero per e-mail, all'Ufficio di Conciliazione territorialmente competente, in funzione del luogo in cui si trova l'utenza. "
Nella fattispecie appare evidente che la Telecom Italia S.p.A., la quale non ha ritenuto di ottemperare alla produzione richiesta nell'ordinanza pronunciata da questo giudice in data 14.7.2004, non ha attivato il procedimento di conciliazione, non provvedendo ad inviare l'avviso di convocazione per l'espletamento del tentativo di conciliazione previsto dall'art. 8 del Regolamento sopra citato.
La procedura di conciliazione dinnanzi alle Commissioni istituite in esecuzione dell'Accordo Quadro intervenuto tra la Telecom Italia S.p.A. e le Associazioni dei Consumatori è, per altro, pubblicizzata dalla stessa Telecom Italia S.p.A. sul sito web. www.187.it nella pagina titolata "La Conciliazione", ove si afferma che la procedura si esaurisce entro quarantacinque giorni dal ricevimento della domanda da parte dell'Ufficio di Conciliazione.
Nel caso di specie il sig. R. L. ha convenuto in giudizio la Telecom Italia S.p.A. con atto di citazione notificato il 26.1.2004, e cioè sessanta giorni dopo l'inoltro della domanda di conciliazione a mezzo telefax al numero telefonico 0916889957.

L'inottemperanza da parte della Telecom Italia S.p.A. all'ordinanza con la quale questo giudice chiedeva di documentare l'abilitazione del predetto numero telefonico 0916889957 alla ricezione delle domande di conciliazione relative ad utenze ubicate nella Regione Siciliana, induce il decidente, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., a ritenere e dichiarare che la domanda di conciliazione del sig. R. L. sia stata correttamente inoltrata in ottemperanza al disposto della delibera n. 182/02/Cons. dell'Autorità Garante per le disposto Comunicazioni.

Quanto al merito del giudizio, si osserva che la Telecom Italia S.p.A., con la nota in data 28.2.2003 in atti, riconosce, con riferimento al reclamo interposto dal sig. R. L., legittima la lamentela inerente la mancata riservatezza del nuovo numero richiesto dal R., addebitando le cause a sopraggiunti problemi tecnici. Tale nota, però, scaturisce da una precedente contestazione formulata dal legale del R. a mezzo raccomandata in data 8.1.2003, ricevuta il 13.1.2003, e non certamente da una efficiente verifica dei segnalati problemi tecnici autonomamente spedita al R. da parte della società convenuta.

Pertanto, deve ritenersi e dichiararsi che la Telecom Italia S.p.A. ha effettuato una comunicazione non veritiera al R. in data 14.12.2002, affermando che al servizio d'informazione 12, con decorrenza immediata, i suoi dati sarebbero risultati come riservati.

Nella nota in questione si afferma, addirittura, che le modifiche richieste dall'utente sono state già apportate, mentre nella successiva nota del 28.2.2003, si afferma che ciò non è avvenuto per sopraggiunti problemi tecnici.

Appare evidente, quindi, che il fatto commesso sia produttivo di un danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell' art. 2 della Costituzione.
In merito deve premettersi che l'inadempimento contrattuale, ancorché determinato da problemi tecnici comunque ascrivibili alla Telecom Italia S.p.A., si configura come fatto illecito colposo che obbliga colui che lo ha commesso a risarcire il danno.
Il concetto di danno non patrimoniale, così come previsto dall' art. 2059 c.c., deve essere rivisto alla luce dell'art. 2 della Costituzione e, pertanto, deve comprendere, oltre al danno morale soggettivo, anche ogni ipotesi in cui si verifichi una ingiusta lesione di un valore inerente alla persona, costituzionalmente garantito, dalla quale derivino effetti dannosi insuscettibiii di valutazione economica, senza che sia necessario che tale lesione configuri reato. Il danno non patrimoniale deve essere, quindi, inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui si verifichi un'ingiusta lesione di un valore inerente alla persona, costituzionalmente garantito, dalla quale conseguono pregiudizi non suscettivi di valutazione economica, senza soggezione al limite derivante dalla riserva di legge conciata all' art. 185 c.p.c. Nell'astratta previsione della norma di cui a11'art. 2059 c.c. deve ricomprendersi, perciò, anche il danno (spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona, distinti sia dal danno morale soggettivo, sia dal danno biologico in senso stretto (Cass. civ., sez. III, 27/04/2004, n° 7980; idem, 19/08/2003, n° 12124; Corte cost., 11/07/2003, n° 233).

Nella fattispecie appare evidente che l'attore abbia subito un pregiudizio di natura esistenziale per non aver potuto beneficiare, a far data dal 14/12/2002, della riservatezza del nuovo numero telefonico attribuitogli, che gli era stata comunicata come già erogata.
La non veridicità di tale comunicazione ha prodotto la frustrazione della legittima aspettativa di riserbo sul proprio recapito telefonico che avrebbe certamente garantito all'attore una migliore e meno stressante conduzione della vita quotidiana e di relazione, sia in ambito familiare, che in ambito sociale, e comprimendo, in tal modo, l'espressione della personalità dell'attore stesso secondo le legittime intenzioni da questi liberamente volute.
Deve accogliersi, quindi, la domanda risarcitoria del R., liquidandosi il danno esistenziale, in via equitativa e tenendosi conto della natura e dell'entità dell'ingiusto pregiudizio, in complessivi € 600,00. Su tale importo dovranno essere corrisposti gli interessi legali a far data dal 14.12.2002, trattandosi di danno prodotto da fatto colposo.
La presente pronuncia è resa secondo diritto ai sensi dell' art. 1 D. L. 8.2.2003, essendo stato questo giudizio instaurato con citazione notificata in data successiva al 10.2.2003, e pur ritenendo questo giudice discutibile l'applicazione di tale norma di legge a richieste di variazione di modalità del rapporto contrattuale formulate verbalmente, e comunque senza la sottoscrizione di appositi moduli o formulari.
Conseguentemente la Telecom Italia S.p.A. deve essere condannata al pagamento in favore dell'attore delle spese e dei compensi del giudizio, che si liquidano in complessivi € 600,00, di cui € 20,00 per spese, € 300,00 per competenze ed €

280,00 per onorari, oltre rimborso forfettario spese generali, I V A e contributo CNA come per legge. Di essi spese e compensi può disporsi la distrazione in favore del procuratore anticipatario, che ha reso la dichiarazione di legge.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace di Alì Terme, definitivamente pronunciando nel giudizio promosso da R. L. contro la Telecom Italia S.p.A. con atto di citazione notificato il 26.1.2004, disattesa ogni contraria domanda, richiesta ed eccezione, accoglie le domande attoree e condanna la Telecom Italia S.p.A. a pagare al R. la somma di € 600,00, nonché alla corresponsione degli interessi legali su tale somma a far data dal 14.12.2002. Condanna, altresì, la Telecom Italia S.p.A. al pagamento in favore dell'attore delle spese e dei compensi del giudizio, liquidati in complessivi € 600,00, di cui € 20,00 per spese, € 300,00 per competenze ed € 280,00 per onorari, oltre rimborso forfettario spese generali, IVA e contributo CNA come per legge. Dispone la distrazione di essi spese e compensi in favore del procuratore anticipatario avv. Luigi Giacobbe.

Così deciso in Alì Terme il 22 ottobre 2004

*****

VIII. Tribunale di Nicosia, ordinanza 9 agosto 2004, Bontempo S. ed altri (Avv.ti M.R. Rubolotta e L. Sanfilippo) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. L.Cascino), Giudice Ricciardolo

La legge 249 /90 e la Delibera dell'Autorità Garante delle Telecomunicazioni 182/02 impongono in maniera chiara l'esperimento di un tentativo di conciliazione non giurisdizionale ogniqualvolta insorgano controversie tra utenti e compagnie telefoniche.

Il tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità in qualsiasi genere di controversia che impegni utenti ed organismi di telecomunicazioni e, dunque, anche nel caso di adozione dei provvedimenti di urgenza.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI NICOSIA

Il Tribunale di Nicosia, in persona del Giudice dott. Alessandro Ricciardolo ha emesso la seguente

ORDINANZA

nel procedimento n. 13/04 R.G. Caut., avente ad oggetto "ricorso ex art. 700 c.p.c."

TRA

B.S.S., B.G. C. C. A., C. C.S, C.C.C., C. C. D. M.G., LM. C. T. G. rappresentati e difesi, per procura a margine del ricorso, dagli avvocati Maria Rosa Rubulotta e Loretta Sanfilippo, domiciliati presso lo studio dell'avv. Maria Rosa Rubulotta, in Regalbuto, via G.F. Ingrassia n. 38;

RICORRENTI

E

TELECOM ITALIA S.P.A., avente sede in Milano, Piazza degli Affari n. 2, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Cascino, domiciliato presso 10 studio dell'avv. Antonio Lo Bianco, in Nicosia, via Vittorio Emanuele n. 75;

resistente a scioglimento della riserva;

esaminati il ricorso depositato il 23.06.2004 e gli atti del giudizio;

OSSERVA

All'udienza del 16.07.2004, il Giudice si è riservato in merito all'eccezione di improcedibilità sollevata dalla resistente. Quest'ultima ha eccepito che i ricorrenti non hanno esperito, preliminarmente alla proposizione del ricorso giurisdizionale, il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 1, co. 11, l. 249/1997 e dalla deliberazione n. 182/2002 dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, potendosi avvalere, ove avessero ravvisato .presupposti per l'adozione di un provvedimento di urgenza, dello strumento cautelare di cui all'art. 5 della citata deliberazione, che prevede la possibilità di richiedere al Dipartimento garanzie e contenzioso dell'Autorità Garante l'adozione di provvedimenti temporanei diretti a garantire l'erogazione del servizio.

I ricorrenti hanno a loro volta eccepito l'inapplicabilità di tale disciplina al caso concreto, in quanto la stessa riguarderebbe esclusivamente i casi in cui vi sia sospensione volontaria del servizio da parte del gestore di telefonia e non le ipotesi (come quella che oggi occupa il Tribunale) in cui si lamenti un malfunzionamento degli impianti che è causa dell'interruzione del servizio.

Questo Giudice ritiene che l'eccezione di improcedibilità della TELECOM ITALIA. S.p.A. sia fondata e debba, pertanto, trovare accoglimento.
Invero, stabilisce l'art. 1, co. 1° L. 249/1990: "L'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione". L'atto con il quale l'Autorità Garante ha disciplinato la materia è la delibera n. 182/02/ CONS, avente ad oggetto: "Adozione del regolamento concernente la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti in organismi di telecomunicazioni ed utenti" (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 18.07.2002, n. 167). L'art. 3 co. l° di tale provvedimento stabilisce: "Gli utenti, singoli o associati, ovvero gli organismi di telecomunicazioni, che lamentino la violazione di un proprio diritto o interesse protetti da un accordo di diritto privato o dalle norme in materia, di telecomunicazioni attribuite alla competenza dell'Autorità e che intendano agire in giudizio, sono tenuti a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom [Comitato

Regionale per le Comunicazioni] competente per territorio" ovvero (art. 12 del regolamento) "dinanzi agli organi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie in materia di consumo che rispettino i principi sanciti dalla Raccomandazione della Commissione 2001/310/CE". Dispone, inoltre, l'art. 4 co. 2°: "Il ricorso giurisdizionale non può essere proposto sino a quando non sia stato espletato il tentativo di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza". La legge - ed il regolamento dell'Autorità Garante - impongono quindi in maniera chiara l'esperimento di un tentativo di conciliazione non giurisdizionale ogniqualvolta insorgano controversie tra utenti e compagnie telefoniche. Deve quindi valutarsi se, come prospettato dalla resistente Telecom la dizione normativa sia talmente ampia da ricomprendere ogni genere di controversia, ovvero se la stessa come eccepito dai ricorrenti si limiti esclusivamente a quelle questioni che attengano a sospensioni volontarie del servizio da parte del gestore di comunicazioni.

Già il dato letterale pare deporre nel senso di una interpretazione estensiva del concetto di "controversia", tenuto conto del fatto che né la legge, né il regolamento dell'Autorità Garante, paiono in alcun modo limitare tale nozione.

I ricorrenti hanno eccepito che osterebbe ad una interpretazione estensiva del concetto di "controversia" il disposto dell'art. 5 della delibera n. 182/02, in base al quale "l'utente, contestualmente alla proposizione dell'istanza per l'esperimento del tentativo di conciliazione, o nel corso della. relativa procedura, può chiedere al Dipartimento l'adozione di provvedimenti temporanei diretti a garantire l'erogazione del servizio o a far cessare forme di

abuso o di scorretto funzionamento da parte dell'organismo di telecomunicazioni sino al termine della procedura conciliativa, ai sensi dell'art. 2, comma 20, lettera e) della legge 14 novembre 1995, n.481", che restringerebbe il campo del tentativo di conciliazione (e dei provvedimenti amministrativi interinali) ai soli casi di sospensione volontaria del servizio. Tale lettura dell'art. 5 cit. non può essere accolta, poiché, a parere del decidente, opera una restrizione della portata della norma non giustificata dal dato testuale che non appare invece introdurre limiti di sorta all'adozione dei provvedimenti di urgenza, e che appare volutamente generica, si da ricomprendere qualsiasi genere di controversia che impegni utenti ed organismi di telecomunicazioni. Va quindi esaminato, per definire la portata dell'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione, il Decreto del Ministro delle Poste e Telecomunicazioni del 08.05.1997, n. 197 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 04:07.1997, n. 154), con il quale è stato approvato il "Regolamento di servizio concernente le norme e le condizioni di abbonamento al servizio telefonico", che espressamente introduce, fra gli obblighi del gestore di telefonia quello di riparare i guasti segnalati dall'abbonato "entro il secondo giorno non festivo successivo a quello in cui è pervenuta la segnalazione, fatta eccezione per i guasti di particolare complessità che verranno comunque tempestivamente riparati". Rientra pertanto tra gli obblighi del gestore di telecomunicazioni, come previsto dal citato decreto ministeriale, quello di provvedere alla manutenzione degli impianti. In mancanza di un'espressa esclusione normativa - che, per i motivi esposti, non può dirsi contenuta

né nella legge né nella deliberazione dell'Autorità Garante - deve ritenersi che anche nel caso di inadempimento di tali obblighi di manutenzione sia obbligatorio, a pena di improcedibilità, l'esperimento di un tentativo di conciliazione innanzi agli organi individuati nel regolamento n. 182/2002. Deve inoltre rigettarsi la tesi prospettata dai ricorrenti circa gli effetti della mancata proposizione del tentativo di conciliazione, secondo la quale (v. le note autorizzate depositate nell'interesse dei ricorrenti il 21.07.2004) "l'art. 4 della delibera 182/02 non impone a pena d'inammissibilità la proposizione del tentativo di conciliazione né sancisce gli effetti conseguenti alla mancata proposizione nelle materie in cui lo stesso risulta obbligatorio. Da ciò deriva che la mancata proposizione del tentativo obbligatorio di conciliazione non può comportare l'improcedibilità del giudizio, ma, seminai, la sospensione dello stesso in attesa di esperire la procedura conciliativa". Tale prospettazione, difatti, non tiene conto del preciso disposto dell'art. 1. co. 11° l. 249/1997, il quale letteralmente prevede che "non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione". L'istituto della sospensione del giudizio non trova applicazione nella materia oggi in esame, in quanto non esiste alcuna norma che lo preveda alla stregua dell'art. 412 bis c.p.c., norma eccezionale che trova applicazione nel solo rito speciale del lavoro. Deve infine evidenziarsi che l'improcedibilità del ricorso in presenza del tentativo di conciliazione si estende anche all'ipotesi di ricorso giurisdizionale in via di urgenza. Non è infatti prevista dall'art. 1, co. 11°, l. 249/1997 (o da altra norma di legge) alcuna

disciplina derogatoria all'obbligo di esperimento del tentativo di conciliazione nell'ipotesi di procedimenti d'urgenza o cautelari, analogamente a quanto previsto, in materia di processo del lavoro, dall'art. 412 bis, co. 6°, c.p.c., che - come si è detto - costituisce norma speciale e non trova applicazione al di fuori dello speciale rito cui attiene. Deve anzi ritenersi che la previsione, contenuta nell'art. 5 della delibera n. 182/02 di una tutela cautelare amministrativa escluda la possibilità di adire organi giurisdizionali, essendo già adeguatamente (e nei tempi particolarmente rapidi previsti dalla norma) tutelato il diritto di difesa dell'utente che si ritenga pregiudicato dal trascorrere del tempo. Per tutte le considerazioni sopra esposte, deve dichiararsi l'improcedibilità del ricorso. La particolarità della materia oggetto del giudizio consente di ravvisare giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Visto l'art. 700 c.p.c., dichiara improcedibile il ricorso. Compensa integralmente tra le parti le spese di lite. Manda alla cancelleria per quanto di competenza.

Nicosia lì 09/08/2004.

*****

IX. Tribunale di Agrigento, ordinanza 3 novembre 2004 n. 1256, R. S.a.S. c. Telecom Italia S.p.A., Giudice Petitti

L'operatività della condizione di procedibilità, intesa come obbligatorio tentativo di conciliazione, non può ritenersi circoscritta alla sola fase di cognizione, atteso il tenore letterale della normativa di settore; al contrario, in mancanza di una previsione specifica sul punto, il tentativo di conciliazione deve ritenersi obbligatorio anche nell'ipotesi in cui l'utente azioni la tutela cautelare. Non può ritenersi esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione prescritto dalla normativa di settore in presenza di un mero tentativo di componimento bonario della lite: l'analitica disciplina posta dalla Delibera 282/02/CONS dell'Autorità Garante esclude l'alternatività della procedura ivi descritta con i formali tentativi di conciliazione della lite già pendente.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI AGRIGENTO
Sezione Civile

Il G. D. a scioglimento della riserva assunta, esaminate le istanze e le deduzioni delle parti

PREMESSO IN FATTO

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. ante causam, depositato in cancelleria il 31/8/2004, la RE.NA Alimentari s.a.s., nella persona del legale rappresentante Parisi Renato, esponeva :

1) che a seguito di disguidi e contestazioni inerenti l'importo delle bollette dovute a saldo, la Telecom

Italia S.p.A. aveva illegittimamente sospeso il servizio telefonico in uscita all'utenza telefonica intestata alla stessa ricorrente;

2) che in data 31/7/2004, con atto sottoscritto dal Parisi, la RE.NA Alimentari s.a.s. si era resa disponibile al pagamento immediato di quanto dovuto, chiedendo al contempo la riattivazione del servizio.

A fronte della mancata risposta di Telecom Italia S.p.A., proponeva quindi ricorso ex art. 700 c.p.c., al fine di ottenere la riattivazione del servizio telefonico, esponendo, quanto al *periculum in mora*, il pregiudizio che sarebbe derivato alla ricorrente in caso di espletamento del giudizio di merito, tenuto anche conto dell'attività commerciale svolta.

Si costituiva Telecom Italia S.p.A., esponendo, in primo luogo, l'improponibilità della domanda per mancato tentativo di conciliazione davanti al CORECOM competente per territorio e, in secondo luogo, l'infondatezza nel merito del ricorso proposto, per difetto di *fumus boni iuris e di periculum in mora.*

RILEVATO IN DIRITTO

Preliminarmente, deve essere accolta l'eccezione sollevata da parte resistente, qualificata la stessa come eccezione di improcedibilità.

In effetti, la normativa di settore prevede che in caso "gli utenti, singoli o associati, ovvero gli organismi di telecomunicazioni (…) lamentino la violazione di un proprio diritto o interesse protetti da un accordo di diritto privato o dalle norme in materia di telecomunicazioni attribuite all'Autorità (ed) intendano agire in giudizio, sono tenuti a promuovere un tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom competente per territorio (art. 3, sezione I del regolamento di procedura relativo alle

controversie tra organismi di telecomunicazioni ed utenti in allegato A della delibera n. 182/02 Cons. dell'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni adottata ai sensi dell' art. 1, comma 11, l. n. 249/1997.

All'esperimento della procedura conciliativa la medesima normativa subordina la procedibilità del ricorso in sede giurisdizionale, che non può essere proposto sino a quando non sia stato espletato il tentativo di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza.

L'operatività della condizione di procedibilità – intesa come obbligatorio tentativo di conciliazione, nei termini sopra descritti – non può ritenersi limitata alla sola fase di cognizione, ordinaria, atteso il tenore letterale delle norme citate al contrario, in mancanza di una previsione specifica sul punto, il tentativo di conciliazione, deve ritenersi obbligatorio anche nell'ipotesi in cui, come nel caso in esame, l'utente azioni la tutela cautelare.

Ciò premesso, parte ricorrente non ha fornito alcuna prova in ordine all'esperito tentativo di conciliazione, ed ha contestato la fondatezza della relativa eccezione sul presupposto che "le trattative di bonario compimento sono state tentate senza esito" (c.f.r. verbale di udienza del 26/10/2004).

Tale argomentazione non può ritenersi fondata: altro è infatti il tentativo di bonario componimento della lite (avendo rappresentato nelle udienze del 16/9/2004 e del 28/9/2004 al Giudice precedentemente designato, il quale, sulla scorta delle affermazioni delle parti, ha disposto due successivi rinvii) altro è l'obbligo, disciplinato dalla normativa di settore di avviare la procedura di conciliazione, nelle forme, nei tempi e dinanzi ai

soggetti da essa individuati l'analitica disciplina posta dalla delibera n. 182/02/Cons. dell'Autorità garante, esclude l'alternatività della procedura descritta con informali tentativi di composizione della lite già pendente (tanto più che la procedura di conciliazione prevista condiziona, in termini di procedibilità, la sussistenza stessa della lite).

Ciò posto il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto da RE. NA Alimentari s.a.s. deve essere dichiarato improcedibile.

Sussistono giuste ragioni attesa la peculiarità del caso di specie e la disciplina applicata per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

1) Dichiara improcedibile il ricorso ex art. 700 c.p.c.

2) Compensa interamente tra le parti le spese processuali.

Si comunichi

Agrigento 3/11/2004

*****

X. Giudice di Pace di Catania, sentenza 31 dicembre 2004, C.L. (Dott. G. Impallomeni) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. G. Tribulato), Giudice Scuto

Pur riconoscendosi vigente la procedura prevista dalla Delibera n. 182/02 CONS, la quale, in esecuzione della citata legge, ha previsto che "gli utenti singoli o associati, ovvero gli organismi di telecomunicazioni, che lamentino la violazione di un proprio diritto o interesse protetto da un accordo di diritto privato o dalle norme in materia di telecomunicazioni attribuite alla competenza dell'Autorità che intendano agire in giudizio, sono

tenuti a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom competente per territorio", la "violazione" di tale previsione non si ritiene essere ostativa al fine di considerare validamente incoato il giudizio innanzi al giudice.

L'addebito della spesa di spedizione all'utente destinatario della fattura costituisce violazione della dell'art. 21 del D.P.R. n. 633/72, il quale al comma 8 prevede che "le spese di emissione della fattura e dei conseguenti adempimenti e formalità non possono formare oggetto di addebito a qualsiasi titolo".

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI CATANIA

L'Avvv. Gregorio Scuto Giudice di Pace di Catania ha pronunciato la seguente SENTENZA nella causa iscritta al n. 4833/2004 R. G. promossa da C.L., rappresentata e difesa da se stessa e dal dott. G. Impallomeni

ATTRICE

Contro

Telecom Italia S.p.A. con l'Avv. G. Tribunato

CONVENUTA

Oggetto: condannatorio

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 24/9/2004, C.L., premettendo di essere titolare, dall'anno 2001, dell'utenza telefonica n. XXXXXX e di avere pagato per le fatture inviate dalla Telecom Italia Spa, € 0,37 per spese postali di spedizione fattura; che detto importo addebitato è illegittimo per violazione dell'art. 21 comma 8 dei DPR n. 633/72 per cui la società ha ottenuto un indebito arricchimento con

diritto dell'utente di ottenere la ripetizione di quanto indebitamente pagato ammontante ad € 7.81 oltre interessi per € 4,30; che a nulla rileva l'avere contrattualmente accettato l'onere di sopportare dette spese, come previsto dall'art. 14 delle condizioni generali del contratto di utenza, trattandosi di clausola vessatoria; che il comportamento della Telecom ha manifestato violazione del principio di correttezza e buona fede posto alla base dei rapporti contrattuali; citava, innanzi al giudice di Pace di Catania, Telecom Italia S.p.A., chiedendone la condanna alla restituzione delle somme indebitamente pagate, determinate in € 7,81 oltre ad interessi per € 4,30 ed al risarcimento dei danni da liquidarsi in via equitativa, con condanna al pagamento delle spese del giudizio.

Alla prima udienza si costituiva la convenuta eccependo, preliminarmente e gradatamente, la incompetenza per materia, ovvero, il difetto di giurisdizione del giudice adito in favore della Commissione Tributaria, o del Tribunale di Catania; chiedeva, in subordine, dichiararsi la improponibilità della domanda per il mancato esperimento del tentativo di conciliazione previsto dall'art. 1 comma 11, della L. 249/97 e successiva delibera dell'Autorità Garante n. 182/02; ed il rigetto della domanda perché infondata, con condanna ex art. 96 c.p.c. e con vittoria di spese del giudizio. Il giudice, ritenuta la natura documentale della causa, autorizzava le parti a precisare le conclusioni e tratteneva la causa per la decisione, assegnano termine per note e repliche.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Vanno preliminarmente affrontate le questioni preliminari al fine di stabilire se l'azione poteva

essere proposta innanzi a questo giudice ed, inoltre, se la medesima avrebbe dovuto essere preceduta dal tentativo di conciliazione previsto dalla L. 249/97.

Con riferimento al primo motivo, si rileva che, pur essendo la domanda attrice fondata sulla osservanza di una norma collocata all'interno di un sistema di disposizioni riguardanti l'I.V.A., ciò non appare sufficiente a radicare la competenza del giudice innanzi alle Commissioni Tributarie cui l'art. 2 del D.lgs. n. 546/92 ha attribuito la competenza in materia di tributi dovuti alle Pubbliche Amministrazioni, né innanzi al Tribunale ordinario, cui l'art. 9 c.p.c. ha attribuito la competenza esclusiva in materia di imposte e tasse; non vertendosi, nella fattispecie, in nessuna delle ipotesi dianzi prospettate, riguardando, invece, la domanda, la restituzione di una somma di danaro che si assume essere stata indebitamente richiesta, pagata e riscossa da una Società a titolo di rimborso di spese postali, in violazione di una norma di legge.

Va, pertanto, affermata la competenza del giudice adito, anche ratione valoris, ritenuto l'ammontare della somma oggetto del petitum.

Con riferimento alla ulteriore eccezione di improcedibilità della domanda per violazione della L. 249/97, si rileva che pur riconoscendosi vigente la procedura prevista dalla Delibera n. 182/02 CONS, la quale, in esecuzione della citata legge, ha previsto che "gli utenti singoli o associati, ovvero gli organismi di telecomunicazioni, che lamentino la violazione di un proprio diritto o interesse protetto da un accordo di diritto privato o dalle norme in materia di telecomunicazioni attribuite alla competenza dell'Autorità che intendano agire in

giudizio, sono tenuti a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom competente per territorio", la "violazione" di tale previsione non si ritiene essere ostativa al fine di considerare validamente incoato il giudizio innanzi a questo giudice.

Innanzitutto, si ritiene di condividere la decisione del G. d. P. di Ispica (in Gius n. 20/2004) per cui "Le procedure di conciliazione non sono obbligatorie e non possono impedire all'utente di rivolgersi direttamente all' Autorità Giudiziaria". Si consideri anche, che nella fattispecie, non essendo di fatto operative in loco le commissioni preposte alla conciliazione, l'osservanza delle procedure previste, risulta oltremodo penalizzante per l'utente divenendo addirittura un deterrente per colui che intenda fare valere un proprio diritto.

Inoltre, come detto, il tentativo di conciliazione è previsto per le controversie che hanno tratto causa alla dedotta "violazione di un diritto o interesse protetto da un accordo di diritto privato o dalle norme in materia di telecomunicazioni attribuite alta competenza dell'Autorità", non, come nel caso in esame, dalla violazione di una norma di legge.

Infine, il comportamento processuale della Telecom (non comparsa personalmente in udienza), la quale, se pur rappresentata con mandato a transigere, non ha manifestato alcuna volontà conciliativa, insistendo nelle proprie richieste, sì da non consentire al giudice di esperire il rituale tentativo di conciliazione obbligatoriamente previsto ritenuta la natura della causa, può essere interpretato quale volontà di utilizzare lo strumento previsto dalla normativa citata per procrastinare ulteriormente la soluzione della vicenda.

In tal modo risolte le questioni preliminari, nel merito, si rileva la fondatezza della domanda.
Le richieste di parte attrice sono fondate sul disposto dell'art. 21 del D.P.R. n. 633/72 il quale al comma 8 prevede che "le spese di emissione della fattura e dei conseguenti adempimenti e formalità non possono formare oggetto di addebito a qualsiasi titolo", chiarendo al comma 1, che "la fattura si ha per emessa all'atto della sua consegna o spedizione all'altra parte". Ne deriva che nessuna spesa di spedizione può essere addebitabile all'utente destinatario della fattura, se non in violazione della predetta norma.
Alle suddette conclusioni non osta quanto previsto dall'art. 14 delle condizioni generali di contratto sottoscritte dall'utente al momento della stipula ove è prevista l'assunzione a carico di costui delle spese suddette. Ciò deriva dal fatto che la clausola sottoscritta, siccome inserita in un contratto di massa, è da considerarsi vessatoria ai sensi e per gli effetti dell'art. 1469 quinquies n. 3 cod. civ., non avendo il contraente avuto la possibilità di incidere con la propria volontà modificativa in sede di stipula del contratto e, come tale, nulla e come non apposta.
Con riferimento al *quantum debeatur*, si rileva che l'attrice ha provato di avere effettuato i pagamenti indebiti oggetto della propria domanda e, di contro, nessuna contestazione è stata mossa dalla convenuta riguardo all'ammontare della somma richiesta in restituzione. La medesima può, pertanto, quantificarsi in complessivi € 7,81. Su detta somma decorreranno gli interessi legali dai singoli pagamenti e sino al soddisfo. Non può procedersi alla liquidazione dei pretesi danni, in quanto non indicati né dimostrati e non ravvisabili

nemmeno in via equitativa, ritenuta l'assoluta esiguità della somma pagata indebitamente.
Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace, definitivamente pronunciando nella causa iscritta al n. 4833/2004 R.G. accoglie la domanda e, per l'effetto, condanna la Telecom Italia S.p.A. in persona del legale rappresentante *pro-tempore,* al pagamento in favore di C. L. della somma complessiva di € 7,81, oltre ad interessi legali a far tempo dai singoli versamenti e sino all`effettivo pagamento, nonché al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in complessivi € 150,00, oltre IVA e c.p.a., siccome dovute.
La presente sentenza è esecutiva come per legge.
Così deciso in Catania il 31/12/2004

*****

XI. Giudice di Pace di Alì Terme, sentenza 27 maggio 2005 N. 456, Micalizzi F. (Avv. A. Currò) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. G. Messina), Giudice Calabrò

L'art. 3 della Delibera 182/02, avendo natura regolamentare, non è suscettibile di interpretazione estensiva, per cui il ricorso al tentativo obbligatorio di conciliazione non può che essere circoscritto alle controversie aventi ad oggetto diritti tutelati da accordi di diritto privato o da norme in materia di telecomunicazioni. Esso non può applicarsi, quindi, in sede di tutela di un diritto soggettivo garantito da una norma di legge, quale è il diritto alla ripetizione delle somme corrisposte dall'utente per il pagamento

delle spese per la spedizione delle fatture telefoniche (arg. ex art. 21 DPR 633/2000 e 2033 c.c.)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE ALI' TERME

IL GIUDICE DI PACE DI ALI' TERME
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 853/C/04 R.A.C., promossa da MICALIZZI FILIPPO, elett. te dom. to in Messina, via Ducezio, n. ri 12-14, presso lo studio del proprio difensore e procuratore Avv. Antonello Currò

ATTORE

Contro

TELECOM ITALIA S.P.A., in persona del procuratore speciale, legale rappresentante *pro-tempore*, avv. Vittorio Fusco elett. te dom.to in Messina, via Ghibellina, n.91, presso lo studio del proprio procuratore e difensore Avv. Giuseppa Messina

CONVENUTA

Oggetto: restituzione indebito - risarcimento danni.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 17.11.2004 il signor Micalizzi Filippo conveniva dinnanzi a questo Ufficio Giudiziario la Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, per sentir accogliere le seguenti domande: 1) in via principale, per le ragioni esposte in narrativa, previa dichiarazione di abusività e vessatorietà delle clausole contrattuali eventualmente predisposte in violazione dell'art. 21 D.P.R.

633/1972, ritenere e dichiarare che la Telecom Italia S.p.A. da sempre e, comunque negli ultimi dieci anni, ha indebitamente percepito la somma di € 21,56 o quella maggiore o minore che risulterà effettivamente non dovuta; 2) per l'effetto, condannare la Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, alla restituzione di quanto indebitamente riscosso a titolo di spese e spedizione fattura, quantificato in € 21,56 o nella somma maggiore o minore che risulterà effettivamente dovuta, oltre interessi e rivalutazione dal di del pagamento al soddisfo; 3) in via ulteriore, condannare la Telecom Itala S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, al risarcimento dei danni nella misura che sarà ritenuta equa, e, comunque in misura non inferiore ad € 100,00 e sempre nei limiti di competenza per valore del giudice di pace adito. Con vittoria di spese e compensi.

All'udienza di prima comparizione del 4.1.2005 si costituiva in giudizio la Telecom Italia S.p.A., in persona del procuratore speciale avv. Vittorio Fusco, formulando le seguenti conclusioni: in via pregiudiziale l) ai sensi dell'art. 113 c.p.c., come novellato dal D.L. n. 18 dell'8.2.2003, decidere il presente giudizio secondo diritto e non secondo equità; 2) accertare e dichiarare l'infondatezza ed inammissibilità dell'azione proposta per assoluta carenza di legittimazione attiva di parte attrice nella presente controversia, con conseguente rigetto di ogni domanda avversaria; nel merito; 3) accertare e dichiarare l'intervenuta parziale prescrizione dell'azione di ripetizione avversa, ai sensi dell'art. 2948 c.c., con conseguente rigetto delle domande; 4) rigettare le domande attrici in quanto infondate anche ai sensi dell'art. 2697

c.c.; 5) rigettare la domanda avversa di risarcimento dei danni per violazione all'obbligo di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c., in quanto assolutamente infondata; 6) rigettare, comunque, tutte le domande avverse in quanto sfornite da qualsivoglia supporto probatorio sia in fatto che in diritto. Con vittoria di spese e compensi.

Alla stessa udienza di prima comparizione la difesa della Telecom Italia S.p.A., chiedeva che questo giudice si riservasse sulla prosecuzione del giudizio non avendo l'attore esperito il tentativo di conciliazione previsto dalla delibera n. 182/02 CONS. dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Questo Giudice, quindi, assegnava alle parti termine per il deposito di note autorizzate sulla questione di improcedibilità avanzata dalla difesa della Telecom Italia S.p.A.

Le parti depositavano le rispettive note autorizzate alla successiva udienza del 15.02.2005, ove questo giudice si riservava di decidere in merito all'interposta questione di procedibilità e provvedeva, quindi, con ordinanza depositata in Cancelleria l' 1.3.2005, fissando l'udienza del 13.4.2005 per il tentativo di conciliazione ex art. 320 comma I c.p.c. e per la precisazione definitiva dei fatti posti a fondamento delle domande formulate dalle parti, nonché per la produzione dei documenti e la richiesta dei mezzi di prova da assumere.

All'udienza del 13.4.2005 la difesa dell'attore depositava documenti ed insisteva nell'ammissione dei mezzi istruttori articolati in citazione. Questo giudice, osservata la natura del giudizio discendente dal contenuto delle domande principali e dirette formulate, invitava le parti a

precisare le conclusioni. Le parti precisavano le conclusioni alla successiva udienza del 20.5.2005, ove depositavano anche le rispettive note conclusive autorizzate. Alla stessa udienza questo giudice poneva la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il secondo comma dell'art. 113 c.p.c. dispone che il Giudice di Pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede millecento euro, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art. 1342 del codice civile.

In via principale, parte attrice chiede che, previa dichiarazione di abusività e vessatorietà delle clausole contrattuale eventualmente predisposte in violazione dell'art. 21 D.P.R. 633/1972, questo giudice ritenga e dichiari che la Telecom Italia S.p.A. da sempre, e comunque negli ultimi dieci anni, ha indebitamente percepito la somma di € 21,56 o quella maggiore o minore che risulterà effettivamente come dovuta.

In sostanza, parte attrice chiede l'accoglimento delle proprie domande in applicazione di una norma di legge, e l'accertamento in via incidentale, a tal fine, di eventuali clausole contrattuali illegittimamente predisposte in difformità a tale norma di legge.

Ne deriva che solo l'accertamento incidentale della abusività e vessatorietà di eventuali clausole contrattuali in violazione dell'art. 21 D.P.R. 633/72 va effettuato secondo diritto, mentre la pronuncia in ordine alla percezione dell'indebito da parte della Telecom Italia S.p.A. in violazione di legge deve essere effettuata secondo equità, seppur nell'osservanza dei principi informatori della materia.

Ciò premesso, preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di improponibilità e/o improcedibilità della domanda per mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, in quanto la delibera n. 182/02 CONS. dell'Autorità Garante per le Comunicazioni, all'art. 3 prevede che "gli utenti singoli od associati, ovvero gli organismi di telecomunicazione, che lamentino la violazione di un proprio diritto od interesse protetti da un accordo di diritto privato, o dalle norme in materia di telecomunicazioni attribuite alla competenza dell'Autorità e che intendono agire in giudizio, sono tenuti a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione dinnanzi al CORECOM competente per territorio ". Tale disposizione, in quanto norma speciale di natura regolamentare, non è suscettibile di interpretazione estensiva, per cui il ricorso al tentativo obbligatorio di conciliazione non può che essere circoscritto alle controversie aventi ad oggetto diritti tutelati da accordi di diritto privato o da norme in materia di telecomunicazioni. Essa non può applicarsi, quindi, in sede di tutela di un diritto soggettivo garantito da una norma di legge, quale quello invocato dalla parte attrice (art. 21 D.P.R. 633/72 ed art. 2033 c.c.).
Nel merito l'accertamento deve muovere, a parere di questo giudice, dal disposto del comma cinque dell'art. 1469 ter c.c.: "Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal

medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore ".
Ribadito, quindi, che l'accertamento in ordine all'assunta violazione da parte della società convenuta dell'art. 21 D.P.R. 633/72 debba effettuarsi secondo equità, per cui l'omessa negazione dell'addebito all'attore delle spese postali di spedizione delle bollette telefoniche nell'ultimo decennio costituisce implicito riconoscimento dell'addebito, questo giudice deve dichiarare secondo diritto, ed in via incidentale, che ogni previsione contraria alla legge fissata nel contratto di utenza, nel regolamento di servizio, o nelle condizioni generali di abbonamento, avrebbe dovuto essere stata oggetto di specifica trattativa con il consumatore. E la prova di tale adempimento ai sensi del comma 5 dell'art. 1469 ter c.c. incombeva sul professionista (Telecom Italia S.p.A.), pena l'inefficacia stabilita dall'art. 1469 quinquies c.c..
Deve dirsi, quindi, incidentalmente e secondo diritto, che la Telecom Italia S.p.A. non ha fornito alcuna prova della efficacia di eventuali norme derogative del disposto di cui all'art. 21 ultimo comma D.P.R. 633/72.
Passando, quindi, all'esame del predetto ultimo comma dell'art. 21 D.P.R. 633/72, e premesso che l'art. 12 delle preleggi riconosce carattere primario all'interpretazione letterale della norma, conferendo carattere sussidiario agli altri criteri ermeneutici, ai quali non è consentito dare ingresso quando la lettera della legge non dà luogo a dubbi, pare a questo giudice che nella fattispecie il legislatore abbia con estrema chiarezza posto a carico del soggetto che emette la fattura tutte le spese relative agli adempimenti connessi e

conseguenti. L'eccezione formulata dalla Telecom Italia S.p.A., con la quale si tende a differenziare le spese di emissione da quelle di spedizione, al fine di poter addebitare quest'ultime all'utente consumatore, non solo appare artificiosa, ma si pone in contrasto con i principi informatori della normativa in materia di contratti del consumatore (artt. 1469 bis e segg. c.c.).

Non risultando, quindi contestato, che la Telecom Italia S.p.A. abbia addebitato nell'ultimo decennio le spese postali di spedizione delle bollette-fatture telefoniche, relative all'utenza 0942701041, e non risultando per altro imputazioni di morosità a carico dell'utente, pur mancando la prova specifica sul *"quantum*", deve dirsi che l'attore Micalizzi Filippo ha corrisposto alla Telecom Italia S.p.A. indebitamente nel decennio antecedente la data della proposizione del presente giudizio le spese postali di spedizione delle bollette-fatture, mentre è precluso ogni accertamento riguardo a periodi antecedenti per effetto della prescrizione ordinaria. Il termine prescrizionale è nella fattispecie quelle ordinario trattandosi di ripetizione di somme indebitamente corrisposte e non vertendosi qui in materia di contratto di somministrazione telefonica caratterizzato dalla periodicità dei pagamenti da parte del somministrato.

Sebbene l'attore non abbia prodotto alcuna bolletta-fattura telefonica intestata alla propria utenza, limitandosi a documentare l'inserimento nelle Pagine Bianche dell'utenza stessa n. 0942701041, sulla scorta della documentazione di riferimento prodotta, nonché della pratica della Telecom Italia S.p.A. di determinare un contributo uniforme per spese di spedizione per zone

territoriali, e considerato che in atto nella zona di Nizza di Sicilia viene addebitato un contributo per spese di spedizione della bolletta-fattura di circa 0,31 e che in un anno vengono emesse sei fatture; ritenuto, altresì, che l'addebito può essere stato inferiore negli anni precedenti; ritenuto ancora che la mancata produzione delle singole fatture non consente di determinare gli interessi dalle rispettive date di pagamento dell'indebito e che comunque tali interessi sono dovuti in conseguenza dell'abuso di posizione dominante; pronunciando secondo equità questo giudice determina l'indebito stesso, comprensivo anche degli interessi legali moratori, in complessivi € 25,00, oltre gli ulteriori interessi legali su tale somma a far data dalla domanda.

Quanto alla domanda attorea di risarcimento dei danni, non sussistendo la prova di un danno emergente o di un lucro cessante, né quella di un pregiudizio maggiore di quello ristorato con gli interessi legali, essa non può essere accolta. Né può configurarsi una qualche altra ipotesi di danno non strettamente di natura patrimoniale in ragione della particolare esiguità dell'indebito.

La Telecom Italia S.p.A. deve quindi essere condannata a pagare al

nella causa civile iscritta al n.21/C/2007 R.G. Aff. Cont. Civ.,

PROMOSSA DA

CONTINO VALERIA, elettivamente domiciliata in Nicosia, alla via Miracoli n. 20, presso lo studio dell'Avv. Felicia La Licata, che la rappresenta e difende in forza di procura speciale estesa a margine dell'atto di citazione.

PARTE ATTRICE

Contro

TELECOM ITALIA S.P.A., con sede in Milano, Piazza degli Affari n.2, in persona del procuratore del legale rappresentante pro-tempore Dott. Amedeo Parente, rappresentato e difeso dall'Avv. Luigi Cascino e domiciliato in Nicosia, alla via Vitt. Emanuele n. 75, presso lo studio dell'Avv. Antonio Lo Bianco, giusta procura in calce alla copia notificata dell'atto di citazione

PARTE CONVENUTA

Avente ad oggetto: "Inadempimento contrattuale".

CONCLUSIONI DELLE PARTI

All'udienza di precisazione delle conclusioni del 5/6/2007 i procuratori delle parti concludevano come in atti.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato il 12/12/2006 Contino Valeria, conveniva in giudizio davanti a questo Giudice di Pace, la TELECOM ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, esperendo azione per il pagamento della complessiva somma di Euro 1.253,54, oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla domanda sino al soddisfo, oltre risarcimento del danno esistenziale da determinarsi in via equitativa, quale indennizzo spettantele per non avere la TELECOM, senza giustificato motivo, rispettato i termini per

l'attivazione del servizio. Chiedeva, altresì, spese e compensi del presente giudizio, da distrarre in favore del procuratore ex art. 93 c.p.c..

Narrava l'attrice che in data 14.10.2004, a seguito del trasferimento della propria sede di lavoro della Via Pozzetto n.1 alla Via Nazionale n.108, Nicosia, richiedeva alla odierna convenuta il trasloco della propria linea telefonica.

La S.p.A. provvedeva ad effettuare chiesto trasloco in data 14.02.2005, violando il disposto dell'art. 25, co. 1 c.g.a. che prevede che esso deve avvenire "entro i tempi concordati con il Cliente all'atto della relativa richiesta e comunque entro 10 giorni dalla richiesta". Mentre, il comma 5 stabilisce che "nel caso Telecom Italia effettui in ritardo il trasloco rispetto ai tempi concordati, il Cliente avrà diritto agli indennizzi previsti al successivo articolo 26".

A seguito del ritardo nell'effettuazione del trasloco telefonico l'attrice richiedeva a questo giudicante la somma di € 1.147,04 pari al 50% del canone mensile per ogni giorno lavorativo di ritardo e/o inadempimento. Oltre € 121,50 per aver versato indebitamente il canone di abbonamento nel periodo in cui ella non fruiva del servizio telefonico. Oltre, richiedeva una somma a titolo di risarcimento del danno esistenziale, rimessa all'equa determinazione del giudice, per non aver potuto la Contino beneficiare del servizio, con grave pregiudizio per lo svolgimento della propria attività lavorativa.

All'udienza di comparizione del 9/12/2007, si costituiva in giudizio la Telecom Italia S.p.A., contestando la richiesta di risarcimento avanzata dalla Contino, poiché priva di ogni valido supporto probatorio ex art. 2697 c.c. ed inoltre essendo inapplicabile alla fattispecie de qua l'art. 26 c.g.a.,

atteso che l'attrice non aveva provato la data di effettuazione della richiesta di trasloco e contestando, altresì, la sussistenza – nel caso in esame – di un diritto al risarcimento del danno esistenziale, mancando i presupposti logici e giuridici.

Cori decreto giudiziale del 29.11.2006 Contino Valeria veniva ammessa in via definitiva al gratuito patrocinio a spese dello Stato.

Con ordinanza dell'11/14.05.2007 il giudice dichiarava la tardività delle deduzioni istruttorie indicate dall'attrice nelle memorie del 09.03.2007.

Al termine dell'istruttoria espletata mediante produzioni documentali, le parti precisavano le conclusioni come da verbale di udienza del 05.06.2007 ed il giudice tratteneva la causa in decisione all'udienza del 10.07.2007.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea non può essere accolta per i motivi di seguito esposti.

In limine conviene premettere che in materia di prove nel nostro ordinamento vige il principio dispositivo di cui all'art. 115 c.p.c., in base al quale: "il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti", cioè non può trarre clementi per la sua decisione da fonti che non siano state acquisite al giudizio con le garanzie del contraddittorio. I fatti devono essere provati dalle parti.

Il principio generale contenuto nell'art. 2697 c.c., è quello romanistico secondo cui: "*onus probandi incubit ei qui dicit non ei qui negat";* pertanto, dai criteri di distribuzione dell'onere della prova contenuti nell'art. 2697 c.c. deriva che: chi in giudizio vuol far valere un proprio diritto ha l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto stesso; chi in

giudizio contesta la rilevanza di tali fatti ha l'onere di provarne l'inefficacia, o di provarne i fatti impeditivi, modificativi o estintivi.
Ciò posto, in base alle regole generali, l'attrice, agendo in giudizio per far valere il proprio diritto, era tenuta a fornire la relativa prova nei rigorosi termini di cui al citato art. 2697 c.c., vale a dire a provare innanzitutto il ritardo nell'attivazione del trasferimento della linea telefonica dimostrando la data della richiesta e la data del trasloco ad opera delle odierna convenuta, di poi, che a cagione di tale ritardo nell'adempimento, imputabile o comunque ascrivibile alla S.p.A. - piuttosto che al Cliente ovvero a terzi diversi dalla TELECOM ITALIA - era sorto il proprio diritto all'indennizzo ex art. 26 c.g.a..
Orbene, ritiene questo decidente che a tale rigoroso onere probatorio la Contino non abbia ottemperato non riuscendo a dimostrare né l'an né conseguentemente il *quantum debeatur*.
Ella ha addotto sic et simpliciter, a sostegno della propria domanda, la circostanza che in data 14.10.2004 - a seguito del trasferimento della propria sede di lavoro - richiedeva alle odierna convenuta il trasloco della propria linea telefonica dalla Via Pozzetto n. 1 alla Via Nazionale n. 108, in Nicosia: la S.p.A. ottemperava alla richiesta solo in data 14.02.2005, ovvero oltre dieci giorni dal[l]a richiesta come previsto dall'art. 25, co. 1 c.g.a. per tale ragione chiedeva, a questo giudice, l'indennizzo di cui al successivo art. 26, co. 1 c.g.a., oltrechè il risarcimento del danno esistenziale.
Dall'esame della documentazione versata dall'attrice emerge che ella non ha dato prova della data in cui è avvenuta la richiesta di trasferimento della linea telefonica presso la nuova sede di

lavoro, pertanto, diventa estremamente difficile, se non addirittura impossibile, quasi una sorta di probatio diabolica, per questo giudice quantificare l'eventuale danno risarcibile, mancando il *dies a quo*, al fine di conteggiare i giorni di ritardo successivi al decimo, dalla richiesta.

Né tale lacuna probatoria l'attrice avrebbe potuto colmare con l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. avanzato con le memorie istruttorie del 09.03.2007, atteso che tale richiesta "non può in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante" (ex multis, Cass. Civ. Sez. I, sent. N. 17948 dell'8/8/2006).

Conclusivamente, a fronte di un quadro generale che appare piuttosto univoco, questo giudice ritiene non raggiunta la prova richiesta dalla legge per il riconoscimento del credito in capo all'attrice.

Alla stregua di ciò, viene rigettata anche la domanda relativa al risarcimento del danno esistenziale, giacchè non supportata da alcun valido elemento probatorio.

Va, in proposito, rammentato che, la S.C., secondo un costante e recentissimo orientamento, ha stabilito che la categoria dogmatico-giuridica del danno esistenziale si fonda sulla natura non meramente emotiva ed interiore, propria del c. d. danno morale, ma oggettivamente accertabile del pregiudizio che alteri le abitudini e gli assetti relazionali propri del soggetto inducendolo a scelte di vita diverse, quanto all'espressione e alla realizzazione della sua personalità nel mondo esterno, da quelle che si sarebbero adottate, se non si fosse verificato l'evento dannoso e richiede una specifica allegazione e prova nell'atto introduttivo del giudizio della natura e delle caratteristiche del pregiudizio medesimo (ex multis, Cass. Civ., Sez. I,

sent. N. 11278 del 16/5/2007; Cass. Civ. Sez. III, sent. N. 9510 del 20/4/2007; Cass. Civ. Sez. III, sent. N. 3758 del 19/2/2007; Cass. Civ. Sez. III, sent. N. 2546 del 6/2/2007).

Sotto tale profilo, acquista significativo rilievo, con evidenti connotazioni di segno negativo dal punto dì vista squisitamente probatorio, quanto dichiarato dall'attrice nell'atto di citazione, la quale si è semplicemente limitata ad asserire di non aver potuto beneficiare del trasloco, con grave pregiudizio per lo svolgimento della propria attività lavorativa. Ed invero, tale laconica asserzione non può certamente assurge al rango di prova della natura e delle caratteristiche del pregiudizio sofferto.

Per tutto quanto sopra premesso ed osservato, non essendo supportata da prova adeguata negli specifici termini richiesti dalla legge, la domanda proposta dall'attrice non merita accoglimento.

In considerazione di quanto superiormente dedotto, le spese processuali seguono la soccombenza e devono essere liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice di pace, definitivamente decidendo, nella causa n. 21/C/2007 R.G. Affari Cont. Civ., promossa da Contino Valeria, nei confronti della TELECOM ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, ogni diversa istanza, eccezione e difesa disattesa e respinta, così provvede;

RIGETTA

la domanda proposta da Contino Valeria.

Condanna l'attrice al pagamento in favore della convenuta delle spese processuali che liquida in complessivi Euro 1.236,00 di cui Euro 425,00 per onorari di Avvocato, Euro 661,00 per diritti di

Avvocato, Euro 150,00 per spese, oltre rimborso forfetario delle spese generali (12.50%), I.V.A. e C.P. A. come per l e g g e .
Così deciso in Nicosia il 17 luglio 2007.

*****

XIII. Giudice di Pace Palermo, sentenza 25 settembre 2007, Minutella M.S. (Avv. A Minutella) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. B. R. Marotta), Giudice De Simone

Costituisce indebito arricchimento il duplice addebito e conseguente pagamento del medesimo importo, avente documentale riscontro nelle bollette offerte in allegazione ed appare incontrovertibile il diritto dell'istante ad ottenere la ripetizione della somma.

Non può essere accolta la domanda di risarcimento del danno patrimoniale in assenza di prova e di quello morale, in assenza delle condizioni previste dall'art. 2059 c.c.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI PALERMO

Il Giudice di Pace della V Sezione Civile, dott. Alfonso De Simone, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 3274/06 del Ruolo Generale degli Affari Civili Contenziosi promossa

DA

Minutella Maria Santa, elettivamente domiciliata a Palermo in piazza V.E. Orlando n. 6 presso lo studio dell'Avv. Alessandra Minutella che la rappresenta e difende giusta procura in calce all'atto di citazione

ATTRICE

Contro

Telecom Italia S.p.A., in persona del dr. Amedeo Parente, responsabile del Polo Legale 3 e procuratore speciale della società, giusta procura in notar dr. Maria Bellezza — rep.n. 70175 — elettivamente domiciliata a Palermo in via Iacopo Tintoretto n. 4 presso lo studio dell'Avv. Biagio R. Marotta che la rappresenta e difende per procura in calce alla copia notificata dell'atto di citazione

CONVENUTA

Oggetto: Condannatorio

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato il 22.11.2006, la sig.ra Maria Santa Minutella ha convenuto in giudizio la Telecom Italia, in persona del legale rappresentante pro-tempore, esponendo:

- che l'istante è erede del sig. Minutella Giuseppe, deceduto il 25.08.2004, in vita intestatario della utenza telefonica n. 091/333879 sita nell'appartamento di via Fonderia Oretea n. 51 Palermo, costituente la abituale residenza dello stesso, nonché della utenza telefonica n. 0921/643428 sita nell'abitazione di via Noce n. 6 di Geraci Siculo, utilizzata esclusivamente nel periodo estivo;
- che la società convenuta, con bolletta n. 4/04 dell'08.07.2004, facente nominale riferimento alla utenza n. 091/333879, imputava al sig. Minutella Giuseppe la somma di euro 106,00 con la causale "altri addebiti" che, a seguito di richiesta di chiarimenti al "187", risultava riconducibile all'utenza n. 0921/643428;
- che, nella circostanza, veniva appreso che la Telecom, senza alcun contatto preventivo con l'utente, aveva operato il distacco della linea

telefonica di Geraci Siculo per l'asserito mancato pagamento delle bollette dell'ultimo bimestre 2003 e dei primi due bimestri 2004, mai pervenute all'indirizzo di via Fonderia Oretea, costituente il luogo di dichiarata e consolidata domiciliazione da ben 25 anni di tutte le bollette relative alla utenza in questione;

- che il sig. Minutella provvedeva al pagamento della somma richiesta senza alcuna contestazione;
- che il non preavvisato distacco della linea telefonica e la conseguente impossibilità di utilizzare tale utenza comportarono inevitabili disagi in occasione dei gravi problemi di salute che interessarono il sig. Minutella, mentre si trovava nell'abitazione estiva, e che richiesero il suo urgente trasferimento prima all'ospedale di Petralia e, quindi, all'ospedale Villa Sofia di Palermo;
- che l'istante, a seguito del decesso del sig. Minutella Giuseppe, avvenuto il 25.08.2004, provvedeva a denunciarne la morte al fine della successione nel relativo contratto;
- che la Telecom, con bolletta n. 5/04 dell'08.09.2004, addebitava nuovamente la somma di euro 106,00 che, in forza della disposta domiciliazione bancaria, veniva automaticamente pagata dall'istituto di credito;
- che la Telecom disattendeva le richieste dell'istante finalizzate alla restituzione della somma pagata due volte e alla volturazione del contratto;
- che il distacco della utenza telefonica era stato operato in violazione delle procedure previste dal contratto generale di abbonamento che, all'art. 19, in caso di ritardo nei pagamenti, subordina la sospensione del servizio ad uno specifico e preventivo avviso;

- che il comportamento della Telecom configurava una precisa inadempienza contrattuale con conseguente obbligo risarcitorio dei danni materiali e morali;
- che la prevista procedura di conciliazione, esperita presso il competente ufficio della Camera di Commercio, aveva dato esito negativo.

Ha prodotto documentazione probatoria ed ha concluso chiedendo:

- accertare la responsabilità contrattuale della Telecom Italia S.p.A. in ordine ai fatti contestati;
- condannare la convenuta a restituire alla attrice la somma di euro 106,00, indebitamente percepita, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, e ad effettuare la chiesta volturazione del contratto relativo alla utenza n. 091/333879 in favore dell'odierna attrice, erede del defunto sig. Minutella Giuseppe, tuttora intestatario della stessa a distanza di tre anni dalla morte;
- condannare la convenuta a risarcire all'attrice il danno patrimoniale, consistente nel traffico telefonico effettuato tramite "cellulare", con riserva di quantificazione;
- condannare la convenuta a risarcire all'attrice il danno morale pari ad euro 800,00;
- la vittoria delle spese e compensi di giudizio.

La Telecom Italia S.p.A. ha contestato quanto dedotto ex adverso contro deducendo:

- che nessuna formale istanza di volturazione delle utenze oggetto del procedimento risultava presentata dall'attrice;
- che la sospensione del servizio telefonico nei confronti del dante causa di parte attrice è stata determinata dalla persistente morosità relativa alla utenza n. 0921/643428 essendo risultate insolute le fatture del sesto bimestre 2003 e dei primi due

bimestri 2004 per la complessiva somma di euro 106,00, riaddebitata sulla fattura relativa all'utenza n. 091/333879;

- che la sospensione del servizio trova giustificazione e fondamento, oltre che nel principio generale di cui all'art. 1460 c.c., anche e soprattutto in quanto espressamente previsto dagli artt.18 e 19 della Carta dei Servizi e delle Condizioni Generali di Abbonamento;
- che la mancata indicazione di criteri obiettivi e la assoluta insufficienza e genericità della documentazione prodotta non consentivano l'accertamento e la quantificazione del lamentato pregiudizio e non giustificavano alcuna richiesta risarcitoria.;
- che l'assenza di elementi probatori precludeva la possibilità di determinare equitativamente la misura del danno ex art. 1226 c.c..

Ha prodotto documentazione ed ha concluso chiedendo il rigetto delle domande attoree perché infondate in fatto e in diritto e la vittoria delle spese.

La causa, di natura documentale, alla udienza del 21.09.2007, sulle conclusioni delle parti, è stata spedita a sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va, preliminarmente, precisato che la causa, nonostante il modico valore (inferiore ad euro 1.000,00), deve essere decisa secondo le norme del diritto per effetto di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 113 c.p.c..

L'attrice, premesso di aver inutilmente esperito il rituale tentativo di conciliazione presso il competente ufficio della camera di commercio, espone che il defunto genitore era titolare di due

utenze telefoniche: la n. 091/333879 sita in Palermo nella casa di abituale residenza, tuttora intestata al de cuius, e la n. 0921/643428 sita nell'abitazione estiva di Geraci Siculo, non più attiva per il distacco operato da Telecom per il mancato pagamento dei canoni dell'ultimo bimestre 2003 e dei primi due bimestri 2004.

Aggiunge che il distacco di tale ultima utenza è avvenuto senza l'emissione delle bollette relative ai canoni insoluti e senza l'inoltro del preavviso previsto dalle condizioni generali di contratto e precisa che la complessiva morosità, ammontante ad euro 106,00 è stata addebitata sulla utenza di Palermo due volte ed esattamente con la bolletta n. 4/04 dell'08/07/2004 e con la bolletta n. 5/04 dell'08/09/2004, entrambe pagate – in forza di domiciliazione bancaria – sul c/c intrattenuto con Unicredit Banca.

Il pagamento della somma richiesta con la bolletta n. 4/04, ivi compresa la complessiva morosità di Geraci Siculo, viene confermato dalla stessa Telecom in occasione della emissione della bolletta successiva (la n. 5/04) con l'inserimento sul frontespizio della stessa dicitura "i suoi conti precedenti ci risultano pagati".

Il pagamento della bolletta n. 5/04, con la quale è stato nuovamente addebitata e richiesta la complessiva morosità dell'altra utenza, viene confermato dalla società convenuta in occasione della emissione della bolletta successiva (la n. 6/04) con l'inserimento della stessa dicitura, confermativa dell'assenza di precedenti posizioni insolute.

La società convenuta, costituendosi, ha confermato che la somma di euro 106,00, addebitata sulla bolletta relativa alla utenza di Palermo, era stata

richiesta per morosità afferenti i canoni dell'ultimo bimestre 2003 e dei primi due bimestri 2004 della utenza di Geraci Siculo, e senza negare il duplice pagamento non ha fornito alcun elemento per chiarire i motivi per cui tale somma, con identica causale ed imputazione, sia stata richiesta due volte.

Il duplice pagamento, non contestato da controparte ed avente documentale riscontro nelle bollette offerte in allegazione, costituisce un indebito arricchimento ed appare incontrovertibile il diritto dell'istante ad ottenere la ripetizione della somma di euro 106,00 – percepita due volte dalla Telecom - oltre interessi legali sulla somma annualmente rivalutata con decorrenza della data del versamento a quella della sentenza e oltre gli interresi legali sulla somma così liquidata dalla data della sentenza ad soddisfo.

Altrettanto incontrovertibile appare il diritto dell'istante, nella qualità di erede del sig. Minutella Giuseppe, di ottenere il sub-ingresso nella intestazione dell'utenza telefonica n. 091/333879, tuttora a nome del *de cuius* nonostante formale denuncia del decesso e contestuale richiesta di volturazione, formulata dal procuratore costituito dell'istante con lettera racc/ta a.r. del 04.03.2005, pervenuta alla società convenuta 1'11.03.2005, offerta in allegazione.

Sono assenti i presupposti per l'accoglimento della richiesta di risarcimento del danno patrimoniale e di quello morale, il primo per difetto di prova e il secondo per l'assenza delle condizioni previste dall'art. 2059 c.c..

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e, tenuto conto della somma liquidata, vengono determinate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace, letti gli atti, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta dalla sig.ra Minutella Maria Santa, con atto di citazione ritualmente notificato, contro la Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, ogni contraria istanza ed eccezione respinta, così provvede:

- condanna la convenuta a pagare in favore dell'attrice la somma di euro 106,00 (centosei/00), oltre interessi legali sulla somma annualmente rivalutata con decorrenza dalla data del sinistro a quella della sentenza e oltre gli interessi legali sulla somma così liquidata dalla data della sentenza al soddisfo;
- dichiara il diritto dell'attrice a subentrare nella titolarità della utenza telefonica n. 091/333879, tuttora intestata al defunto sig. Minutella Giuseppe;
- condanna la convenuta a rifondere alla attrice le spese di giudizio che liquida in complessivi euro 450,00 (quattrocentocinquanta/00), di cui euro 50,00 (cinquanta/00) per spese ed euro 400,00 (quattrocento/00) per diritti ed onorario, oltre rimborso forfetario spese generali su diritti ed onorario ex art. 14 Tariffa Forense, oltre IVA e CPA;
- rigetta la domanda di risarcimento del danno patrimoniale e morale formulata dall'istante.

Così deciso in Palermo il 25 settembre 2007

Il Giudice di Pace dott. A. De Simone

*****

XIV. Giudice di Pace di Troina, sentenza 5 dicembre 2007 n. 543, Giambirtone R. (Avv. G. Monastra) c. Telecom Italia S.p.A. (Avv. L. Cascino), Giudice Potenza

Per i servizi connessi alla numerazione 709, 70X e simili la legge prevede che il pagamento debba avvenire mediante carte di credito o bollettini postali o altro equipollente, purchè siano separati dalla bolletta telefonica. La società di telefonia che addebiti tali costi nella bolletta viola gli articoli 4 e 5 della Delibera 9/02 dell'Autorità Garante delle Comunicazioni, delibera attuativa dell'art. 1, comma 1, della legge 59/02 relativa ai servizi di applicazione Internet Service Provider e alle condizioni dell'offerta di riferimento. La ratio di tale norma è quella di vietare truffe ai danni degli utenti che grazie a ciò, non si vedono automaticamente addebitare in fattura costi per connessioni mai richieste.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
GIUDICE DI PACE DI TROINA

Il Giudice di Pace di Troina nella persona dell'Avv. Francesca Potenza ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 59/c del Ruolo Generale Affari Contenziosi per l'anno 2007 promossa da

GIAMBIRTONE ROSARIO elettivamente domiciliato in Troina alla via U. La Malfa n. 32, presso lo studio dell'Avv. Giuseppina Monastra, da cui è

rappresentato e difeso in forza di procura a margine dell'atto di citazione.

ATTORE

Contro

TELECOM ITALIA S.P.A. in persona del legale rappresentante *pro tempore* con sede in Milano Piazza degli Affari n. 2, selettivamente domiciliata in Troina alla via Nazionale n. 187 presso lo studio dell'Avv. Walter Giuffrida, rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi Cascino in forza di procura in calce alla copia notificata dell'atto di citazione

CONVENUTA

Avente ad oggetto
Condannatorio

CONCLUSIONI DELLE PARTI

L'Avv. Monastra per l'attore: "Piaccia al Sig. Giudice di Pace adito, disattesa ogni altra contraria istanza, eccezione e difesa, ritenere e dichiarare che il sig. Giambirtone Rosario ha diritto alla restituzione delle somme pagate in eccedenza per servizi mai richiesti e per costi scaturenti della truffa perpetrata da ignoti nei suoi confronti e, conseguentemente condannare la Telecom Italia S.p.A. al pagamento della complessiva: somma di € 331,21, oltre gli interessi legali dalla domanda all'effettivo soddisfo. Annullare le fatture n.ri 8V0060306 del 06/04/04 e 8V00694729 del 07/06/04, limitando i relativi importi alle somme pagate con bollettini postali. Condannare la Telecom Italia S.p.A.al risarcimento dei danni, da liquidarsi in € 500,00 o nella misura maggiore o minore che il Giudice riterrà equa per l'interruzione del servizio. Con vittoria di spese e compensi di causa.

L'Avv. Cascino per la convenuta: "Voglia l'Ill.mo Sig. Giudice di Pace di Troina, respinta ogni

contraria istanza, eccezione e difesa, rigettare ogni richiesta risarcitoria a qualsiasi titolo avanzata dall'attore nel presente giudizio perché infondata nelle deduzioni in fatto e nelle considerazioni di diritto nonché priva di adeguato supporto probatorio ai sensi dell 'art. 2697 c. c. e anche ai sensi e per gli effetti delle Condizioni Generali di abbonamento.
Condannare l'attore alla refusione delle spese del giudizio".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Sig. Giambirtore Rosario con atto notificato il 30.3.2007 conveniva in giudizio dinanzi al Giudice di Pace di Troina, la Telecom Italia S.p.A. in persona del legale rappresentante *pro tempore.*
L'attore esponeva di essere titolare di utenza telefonica n. 0935654918 presso la sede della propria attività commerciale e nelle fatture relative ai bimestri 5/2002, 2/2003 e 3/2003 gli venivano addebitati importi per traffico telefonico internet con numerazione soggetta a tariffa speciale per la somma complessiva di € 331,21.
Deduceva che le suddette telefonate non erano mai state deliberatamente effettuate e che tale servizio non era mai stato richiesto; ma di aver comunque pagato le fatture per evitare la disattivazione dell'utenza telefonica.
Assumeva, inoltre, che per tali fatti aveva sporto rituale denuncia-querela contro ignoti, presso i Carabinieri di Troina, affinché l'Autorità Giudiziaria, ravvisati gli estremi della truffa, perseguisse gli autori della frode informatica perpetrata ai suoi danni.
Deduceva ancora che la Telecom a seguito della stipula di un contratto affari nel terzo bimestre del 2000, aveva attivato i relativi servizi "Teleconomy

24" e "Teleconomy Professional" mai richiesti, addebitando i relativi oneri, e che con le fatture relative al terzo e quarto bimestre del 2004 venivano addebitate telefonate non fatturate in precedenza, che non venivano pagate. La società convenuta il 23/7/2004 interrompeva l'utenza telefonica che veniva riattivata solo dopo il versamento delle somme non oggetto di contestazione.

Aggiungeva, infine, che le richieste formulate alla convenuta società, dirette ad ottenere la restituzione delle somme non dovute era risultata vana, e che il tentativo obbligatorio di conciliazione aveva dato esito negativo per cui si vedeva quindi costretto ad adire questa Giustizia.

Si costituiva in giudizio la Telecom Italia S.p.A., che contestava la domanda attorea, eccependo nel merito che il sig. Giambirtone non aveva formulato richiesta di disabilitazione del servizio 70X e simili (numeri a tariffazione speciale collegabili via Internet) per la sua utenza telefonica; che l'utenza dell'attore aveva effettuato il traffico telefonico addebitato nelle fatture e che non vi era prova che tale traffico telefonico non fosse stato effettuato volontariamente, atteso che la denuncia-querela inoltrata all'autorità Giudiziaria si era conclusa con l'archiviazione. Rilevava che oggetto del reclamo erano i conti telefonici n. 3/04 di € 720,00 e n. 4/04 di € 374,00, parzialmente pagati e che il traffico non fatturato in precedenza addebitato sul conto 3/04 riguardava le telefonate dal 01/04/2003 al 31/01/2004 eccedenti l'offerta di sconto Teleconomy Professional Business, non fatturate in precedenza per errore del sistema di fatturazione. Concludeva chiedendo il rigetto della domanda attorea perché infondata e non provata.

Conclusa la fase istruttoria puramente documentale, sulla base delle conclusioni in epigrafe riportate, la causa veniva assegnata a sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In via preliminare va declarata la piena legittimazione delle parti in quanto la documentazione prodotta dall'attore da prova dell'esistenza tra le p a r t i del rapporto negoziale dedotto, circostanza peraltro mai espressamente negata dalla convenuta.

Nel merito la domanda è fondata ed è quindi meritevole di accoglimento.

Invero, anche la fattispecie di cui alla presente controversia soggiace alla regola generale dell'art. 2697 c.c. sull'onere della prova, secondo cui chi agisce in giudizio per la tutela di un suo diritto deve fornire la prova dei fatti costitutivi della sua pretesa, e chi resiste all'azione deve provare i fatti su cui si fondano le eccezioni.

Nel caso di specie l' attore disconosce tutte le telefonate per la navigazione internet verso le numerazioni 709 70X (ed altri numeri a tariffazione speciale) addebitate alle proprie utenze telefoniche con fatture relative al periodo decorso dal gennaio al settembre 2003, e ritenuto di essere stato vittima di una truffa, sporge denuncia-querela contro ignoti il 29/9/2003 presso i Carabinieri di Troina, chiedendo alla convenuta alla restituzione delle somme contestate, perché oggetto di frode.

La convenuta Telecom ha ammesso l'avvenuto incasso delle somme contestate e di cui l'attore ha richiesto la restituzione.

La Telecom compulsata alla restituzione con diverse raccomandate, non fornisce nessuna

spiegazione sulla ragione per cui trattiene dette somme.

È chiaro che a fronte di una richiesta dell'attore così chiara e precisa, la convenuta, in virtù del contratto che con lui la lega e dei relativi obblighi derivanti, compresi quelli della correttezza e lealtà, era tenuta a provare che le somme pagate dall'attore trovavano la sua origine nel contratto stesso.

Si badi, ciò non costituisce una inversione dell'onere della prova, che rimane pur sempre in capo a chi pretende la tutela di un suo diritto, ma un vero e proprio obbligo della convenuta al momento che nella fattura si legge che le somme contestate sono dovute per connessioni al dialer 709, 70X e simili la legge prevede che i servizi connessi a tale numerazioni devono pagarsi solo con carte di credito o bollettini postali, o altro equipollente, purchè siano separati dalla bolletta telefonica. La convenuta Telecom Italia S.p.A. ha quindi violato gli articoli 4 o 5 della delibera 9/02 Cir dell'Autorità per la Garanzia delle Comunicazioni, delibera attuativa dell'articolo comma 1 della legge 59/2002 relativa ai criteri di applicazione Internet Service Provider e alle condizioni dell'offerta di riferimento (GU 18 luglio 2002 n. 167). E' chiaro che la ratio di questa norma é quella di evitare truffe ai danni degli utenti che, grazie a ciò non si vedono automaticamente addebitate in fattura costi per connessioni mai richieste. *Alla luce di ciò è chiaro che la convenuta non poteva addebitare sulla* bolletta dell'attore le connessioni al dialer 709, 70X che avrebbero dovuto essere oggetto di un separato pagamento, salvo che le parti non avessero diversamente

convenuto, ma di ciò la Telecom non ha fornito nessuna prova.
Le risultanze dell'istruttoria sono univoche e non sono disattese da nessun elemento contrario, e da esse emerge chiara e lampante la responsabilità contrattuale della convenuta nei confronti dell'attore, per cui la domanda va accolta e la Telecom va condannata al pagamento, in favore dell'attore, della somma di € 331,21 a titolo di restituzione di somme indebitamente riscosse, oltre interessi legali dalla domanda.
In ordine alle fatture relative ai conti telefonici n. 3/04 e 4/04, risulta che l'attore le ha parzialmente pagate solo dopo l'interruzione della linea telefonica, con il versamento di € 179,70 per il conto n. 3/04 avvenuto il ed € 207,69 per il conto n. 4/04, e pertanto l'interruzione della linea telefonica era giustificata, ai sensi degli artt. 17, 18 e 19 delle condizioni Generali di Contratto, non avendo l'attore provveduto ad inoltrare reclamo alla Telecom competente per territorio e provveduto a pagare le somme non contestate nel termine indicato in fattura. Pertanto deve essere rigettata la richiesta di risarcimento dei danni derivanti dalla sospensione della linea telefonica riattivata dopo l'avvenuto pagamento parziale.
Da parte sua la convenuta società non ha provato la contestata richiesta di attivazione del servizio "Teleconomy Professional" addebitato nei conti n. 3/04 e 4/04, né ha fornito prova mediante la produzione dei relativi tabulati, che le telefonate genericamente indicate come "non fatturate in precedenza" (n. 611 a cellulari) siano state effettuate dall'attore nel periodo asseritamente riferito in comparsa di risposta (dal 01.04.2003 al 31.012004). La società convenuta non ha fornito

prova degli asseriti accordi sul servizio di "Teleconomy Professional".

Ne deriva che va accolta la richiesta di limitare agli importi già pagati di € 179,70 ed € 207,69 le fatture relative ai conti telefonici n. 3/04 e 4/04.

Le spese di giudizio si compensano di un terzo in ragione della parziale soccombenza dell'attore e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M

Il Giudice di Pace di Troina, definitivamente decidendo, respinta ogni diversa istanza, deduzione ed eccezione, pronunciandosi sulla domanda in atti così decide:

1) dichiara la responsabilità contrattuale della convenuta nei confronti dell'attore;

2) condanna la Telecom Italia S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore dell'attore della somma di € 331,21 per la causale di cui in narrativa, oltre interessi legali dalla domanda al soddisfo;

3) accerta e dichiara che gli importi delle fatture n. 8V0060306 del 6/4/2004 e 8V00694729 del 07/06/04 devono essere limitati rispettivamente ad € 179,70 ed € 207,69;

4) condanna la convenuta al pagamento delle spese di giudizio, compensate di un terzo, che liquida in complessivi € 711,00 di cui € 21,00 per spese, € 288,00 per diritti ed € 402,00 per onorari oltre IVA e CPA.

Così deciso in Troina il 26/11/2007.

*****

XV. Tribunale di Palermo, sentenza 20 febbraio 2008, Associazione Regionale Consumatori e Ambiente (Avv.ti A e G. Palmigiano) c. Banca di Palermo (Avv. G. Bevilacqua), Pres. Rel. Di Pisa

E' vessatoria la clausola di previsione di interessi anatocistici operante nei rapporti di conto corrente bancario intrattenuti con clienti consumatori sorti anteriormente all'entrata in vigore della delibera (con cui il comitato interministeriale per il credito e il risparmio ha stabilito modalità e criteri per la disciplina dell'anatocismo nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria). Al fine di assicurare un'efficace tutela dei consumatori pregiudicati dall'applicazione di detta clausola vessatoria nei rapporti di conto corrente bancario, occorre dare un'ampia diffusione alla decisione con cui se ne riconosce la vessatorietà e va ordinata la pubblicazione di un estratto della sentenza (contenente l'indicazione degli estremi della controversia, dell'organo giudicante, delle parti e del dispositivo) su alcuni quotidiani, di cui uno a diffusione nazionale ed uno a diffusione regionale a cura e spese della banca. Nell'ipotesi in cui, decorsi sessanta giorni dalla pubblicazione della sentenza con cui è stata riconosciuta la vessatorietà della clausola anatocistica, la banca non abbia adempiuto gli obblighi ivi stabiliti, va disposto il pagamento da parte dell'istituto bancario, di una somma pari a cinquecentosedici euro per ogni giorno di ritardo.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
Terza Sezione Civile

Il Tribunale di Palermo -Sez. Terza Civile - riunito in camera di Consiglio e composto da:
1) Dott. Fabio Di Pisa Presidente rel.est.
2) Dott. Giulia Maisano Giudice
3) Dott. Sebastiana Ciardo Giudice
ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 9050/2006 R.G. vertente

TRA

ADICONSUM Associazione difesa consumatori e ambiente ONLUS, in persona del suo segretario generale Paolino Landi elettivamente domiciliata ai fini del presente giudizio in Palermo Via R. Wagner n. 9 presso lo studio degli Avv.ti Gaetano ed Alessandro Palmigiano che la rappresentano e difendono congiuntamente e disgiuntamente giusta procura a margine dell' atto di citazione

ATTRICE

Contro

Banca di Palermo S.p.A. in persona del suo Direttore Generale e procuratore speciale Dott.ssa Viviana Barbera, rappresentata e difesa congiuntamente e disgiuntamente dagli Avv.ti Giuseppe Bevilacqua, Eugenio Barcellona e Romano Valentini giusta procura in calce alla copia notificata dell' atto di citazione ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo sito in Palermo Via Alessandro La Marmora n. 75

CONVENUTA

Conclusioni : le parti concludono come in atti.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato in data 20.6.2006 l' Adiconsum Associazione difesa consumatori e ambiente ONLUS, in persona del suo segretario generale Paolino Landi (d'ora in poi, per brevità, "Adiconsum") conveniva in giudizio dinanzi a questo Tribunale la Banca di Palermo S.p.A. esponendo che la banca convenuta, sino alla data di entrata in vigore della delibera CICR del 9.2.2000, si era avvalsa, nell'ambito dei rapporti di apertura di credito in conto corrente, di una clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi addebitati sui saldi risultati passivi, clausola da ritenere nulla e vessatoria nei contratti conclusi con i consumatori, come riconosciuto dai giudici di legittimità e, segnatamente, dalla pronunzia del Supremo Collegio a Sezioni Unite n. 21095 in data 4.11.2005.

Nell' evidenziare che l' istituto di credito convenuto aveva opposto il proprio rifiuto alle richieste, avanzate dai singoli consumatori, di restituzione delle somme percepite in virtù della applicazione della anzidetta clausola (nulla e vessatoria ex artt. 2 nonché 33 e segg. del Codice del Consumo) osservava che tale rifiuto integrava gli estremi di un comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti ai sensi del richiamato codice.

Tanto premesso chiedeva : a) dichiarare la natura vessatoria ai sensi degli 33 e segg. cod. cons. nonché la nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal correntista operanti sino al 30 giugno 2000; b) inibire alla banca convenuta l' uso di tali clausole nei rapporti con i consumatori ; c) dichiarare che il comportamento della banca, consistito nel rifiuto di dare corso alla restituzione delle somme percepite

in ragione della menzionata clausola, costituiva violazione degli interessi dei consumatori ai sensi dell' art. 140 codice citato; d) adottare ogni misura idonea a correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; e) ordinarsi la pubblicazione del provvedimento, a spese della società convenuta, su alcuni quotidiani nazionali come previsto dagli artt. 37 e 140 leg.cit.; f) disporre, ai sensi dell' art. 140 cit. in ipotesi di inadempimento degli obblighi stabiliti nella emittenda sentenza, decorsi dieci giorni dalla pubblicazione della stessa, il pagamento da parte della Banca di Palermo di una somma sino ad € 1.032,00 per ogni giorno di ritardo.

Si costituiva la Banca di Palermo S.p.A. la quale rilevava, in primo luogo, la inammissibilità della richiesta di parte attrice atteso che le clausole in contestazione non erano più operanti da anni, perché sostituite da quelle adottate in conformità alla citata delibera CICR del 9.2.2000.

Eccepiva, poi, la inammissibilità della istanza volta alla declaratoria della illegittimità della utilizzazione di detta clausola nonchè del rifiuto opposto da essa convenuta di restituire le somme percepite sulla base di clausole anatocistiche vigenti anteriormente alla citata delibera, in quanto parte attrice mirava, in relazione ai fatti de quibus, ad una pronunzia "generale e generica" non prevista dalla legislazione vigente.

Precisava, in particolare, come la iniziativa di parte attrice mirava ad inibire alla società convenuta non la cessazione di un comportamento lesivo degli interessi dei consumatori, ma il suo inviolabile diritto di difesa, costituzionalmente garantito.

Deduceva, altresì, come doveva ritenersi del tutto inammissibile la richiesta finalizzata alla

declaratoria di illegittimità ed inibizione del rifiuto che la società opponeva alle richieste di restituzione delle somme percepite a titolo di capitalizzazione degli interessi a debito atteso che il codice del consumo non consentiva pronunzie dichiarative e di mero accertamento.
Aggiungeva, infine, che l'accoglimento della richiesta inibitoria formulata dalla banca sarebbe equivalsa ad una pronunzia di condanna (non prevista) a restituire, a semplice richiesta, le somme percepite dai clienti.
A seguito dello scambio di memorie di replica ex artt. 6 e 7 D.L.vo 17 Gennaio 2003, n.5, venivano depositate l' istanza di fissazione dell' udienza da parte dell' Adiconsum nonchè memoria ex art. 10 D.L. citato da parte della convenuta.
Quindi il giudice relatore, con decreto in data 29.12.2006, rigettava le prove dedotte dall' attrice, rimettendo le parti dinanzi al collegio.
All' udienza collegiale del 26.10.2006, dopo la discussione orale, il Tribunale confermava il decreto del giudice relatore e poneva la causa in decisione, assegnando il termine di legge per il deposito della sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va premesso che questo Tribunale ritiene di dovere riconfermare i principi già espressi nella sentenza 29 Maggio 2006 (Adiconsum c/ Banco di Sicilia S.p.A.), pronunziata in analoga controversia.
Appare, quindi, opportuno effettuare alcune considerazioni sulla natura delle domande avanzate dall' attrice al fine di una migliore comprensione delle eccezioni di parte convenuta.
Va osservato che l'Adiconsum, nel lamentare la illegittimità della condotta della Banca di Palermo, inerente l' utilizzo della clausola di capitalizzazione

trimestrale degli interessi a debito nei rapporti di conto corrente stipulati con i consumatori, a suo dire pregiudizievole dei diritti di questi ultimi, ha avanzato le domande oggetto di causa, per come espressamente indicato in atto di citazione, sia ai sensi dell' art. 37 che ai sensi dell' art. 140 D.L.vo 6 Settembre 2005 n. 206, c.d. Codice del Consumo.
A tal proposito va chiarito che l'art. 37 rubricato "azione inibitoria" in materia di clausole vessatorie, statuisce al primo comma che: "le associazioni dei consumatori, di cui all'art. 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente titolo".
L'ultimo comma prevede, poi, che "per quanto non previsto dal presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1 si applicano del disposizioni dell'art. 140".
La norma in esame distingue quindi, al fine di individuare la loro legittimazione ad agire in giudizio, le associazioni dei consumatori dalle associazioni dei professionisti e dalle camere di commercio: per le prime, infatti, fa riferimento all'art. 137, mentre per le seconde, si riferisce genericamente al criterio della rappresentatività.
L'art. 137 individua, sulla base di rigidi criteri normativamente stabiliti, l'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti certamente rappresentative a livello nazionale e come tali legittimate ad agire ai sensi dell'art. 139 del Codice

del Consumo e con le modalità di cui all'art. 140 del medesimo.
Orbene se si analizza l'ultimo comma dell'art 37, poiché esso stabilisce che all'azione delle associazioni dei consumatori si applicano le disposizioni dell'art. 140 per quanto non previsto dall'art. 37 medesimo (e poiché l'art. 140 ha un ambito più esteso dell'art. 37) appare evidente che l'azione delle associazioni dei consumatori in materia di clausole vessatorie (quale quella in esame) si svolgerà a norma dell'art. 140 e non a norma dell'art. 37.
Tant'è vero che esplicitamente il comma 10 dell'art. 140 stabilisce che " per le associazioni di cui all'art. 139 l'azione inibitoria prevista dall'art. 37 in materia di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, si esercita ai sensi del presente articolo."
In sostanza, quindi, sebbene l'art. 37 faccia riferimento sia alle azioni promosse dalle associazioni dei consumatori sia a quelle promosse dalle associazioni dei professionisti e dalle camere di commercio esso si applica soltanto alle azioni promosse da questi secondi soggetti, posto che i primi ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 140.
Con la conseguenza sul piano applicativo che le azioni così promosse da tali soggetti saranno diverse sia per l'ambito soggettivo sia per quello oggettivo.
Le associazioni dei consumatori (quali l' Adiconsum) sono legittimate ad agire a tutela dei diritti e degli interessi collettivi, solo in quanto iscritte nell'elenco di cui all'art 137 e secondo le modalità di cui all'art. 140 il quale, a differenza dell'art. 37, oltre all'azione inibitoria ed accanto

alla pubblicazione del provvedimento, prevede l'adozione di misure correttive idonee ad eliminare e correggere gli effetti dannosi delle violazioni accertate. Rileva, quindi, il Tribunale le c.d. azioni di interesse collettivo a contenuto inibitorio, di cui alle richiamate disposizioni, mirano, da un lato, a fare cessare le condotte illecite già in essere e dall' altro ad imporre all' autore della condotta lesiva degli interessi dei consumatori un obbligo di astensione per l'avvenire da comportamenti dei quali sia stata accertata l'antigiuridicità.

Al fine di comprendere la effettiva portata della tutela 'innominata' prevista dalla normativa dall' art. 140 richiamato deve, invero, muoversi dal contenuto dell' art. 2 cod. cons. ove si fa riferimento alla inderogabile esigenza di forte tutela nell'ambito di una amplissima gamma di settori fondamentali per i cittadini: salute, sicurezza e qualità dei prodotti, pubblicità commerciale, correttezza, equità e trasparenza nei rapporti commerciali inerenti beni e servizi privati, erogazione dei servizi pubblici secondo standards di qualità ed efficienza.

E' chiaro, quindi, l' intento della norma in esame di rafforzare strumenti di tutela collettiva per aumentare la protezione dei diritti dei consumatori ed assicurare esigenze di tutela destinate, altrimenti, a rimanere insoddisfatte oltre che impedire che una pluralità indefinita di pretese risarcitorie finisca per paralizzare il sistema giudiziario, con la eventualità, peraltro, di giudizi contrastanti (e ciò analogamente a quanto in precedenza statuito dall' art. 3 della L. 30 Luglio 1998, n. 231, normativa confluita nel suddetto codice).

Fatte tali brevi considerazioni occorre esaminare la preliminare eccezione di inammissibilità della domanda di inibitoria, sollevata dalla banca convenuta la quale assume, in primo luogo, che la clausola relativa alla capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito non sarebbe ad oggi più operante in quanto sostituita da quella adottata in conformità alla citata delibera CICR del 9.2.2000 e, in particolare, che detta clausola non esiste più da tempo nei rapporti fra le parti sicchè non avrebbe alcun senso inibire l' uso di una clausola non più utilizzata in alcun modo.

Ritiene il Tribunale di dovere ribadire sul punto le considerazioni già espresse nella richiamata sentenza 29 Maggio 2006.

Deve osservarsi, innanzitutto, che secondo quanto si desume dal tenore delle difese dell' Adiconsum - e secondo quanto, peraltro, può ritenersi incontroverso (ciò anche alla luce del dettato dell' art. 10 co.3 D.L.vo n.5/2003) - la questione relativa alla capitalizzazione trimestrale, ante delibera citata, attiene sia a rapporti di conto corrente già cessati sia a rapporti di conto corrente a tutt' oggi vigenti ed operanti.

Con riferimento a tali rapporti è innegabile che la sola modifica della clausola afferente la capitalizzazione periodica degli interessi a decorrere dall' 1.7.2000 non ha determinato la cessazione del rapporto contrattuale e la creazione di un nuovo contratto, con la conseguenza che, in ipotesi di rapporti stipulati prima dell'entrata in vigore della citata delibera, non cessati alla data odierna, ci si trova in presenza di clausole ancora capaci di dispiegare effetti, inerenti rapporti di durata non esauriti.

Relativamente a detti contratti non può, invero, dubitarsi che laddove la banca convenuta provveda a calcolare il saldo, mantenendo fermo il computo di interessi a debito frutto della capitalizzazione trimestrale (sino a tutto il 30.6.2000) continua, di fatto, ad 'applicare' nel rapporto con il consumatore detta clausola ritenendola legittima, non rispondendo al vero l'affermazione della convenuta secondo cui la stessa non sarebbe 'utilizzata' in alcun modo.

Non può, invero, non convenirsi con quanti hanno sostenuto che è irrilevante, ai fini della verifica della vessatorietà e della applicazione dei rimedi di cui alla citate disposizioni normative, la circostanza che il professionista abbia modificato lo schema regolamentare uniforme allorquando si verifica, in concreto, "la permanenza degli effetti degli schemi adottati in precedenza".

Secondo quanto si desume chiaramente dal tenore della normativa sopra richiamata le censure all' operato del professionista non riguardano unicamente il momento genetico della inserzione della clausola [dovendosi ritenere che l' inserimento della clausola vessatoria è solamente, come detto, uno dei possibili comportamenti pregiudizievoli per i diritti dei consumatori], ma anche l'effettivo 'utilizzo' delle condizioni, prescindendosi, quindi, dalle modificazioni sopravvenute.

La norma parla, infatti, in generale espressamente della possibilità di inibire la condotta volta ad "utilizzare" la clausola lesiva dei diritti dei consumatori

Nel caso di specie è indubitabile che la Banca di Palermo, nel negare (condotta che è pacificamente posta in essere dalla stessa) il ricalcolo del saldo del conto corrente espungendo la capitalizzazione

trimestrale, continua ad avvalersi della detta clausola, sicchè un segmento del rapporto in essere fra le parti è assoggettato in concreto a tale previsione negoziale in quanto la banca, di fatto, effettua ancora – sia pure limitatamente ad una parte del rapporto – una unilaterale capitalizzazione degli interessi.

Non può, quindi, ragionevolmente affermarsi come sostenuto dalla banca convenuta che andrebbero tenuti distinti i profili relativi alla "vigenza" ed alla "applicazione" della clausola, non rinvenendosi alcuna distinzione in tale senso nella normativa citata.

Posto che sono rimasti invariati tutti gli altri elementi del contratto di conto corrente, il rapporto originario non è stato 'chiuso', sussiste un unico 'saldo contabile' [che scaturisce dal raffronto di 'tutte' le partite di 'dare' ed 'avere' maturate durante la 'integrale' vigenza dell' intero rapporto], appare illogico parlare di un rapporto contrattuale che possa ritenersi "esaurito" [sia pure in parte].

In relazione a detti rapporti deve, pertanto, ritenersi pienamente legittima la richiesta dell' Adiconsum finalizzata alla verifica della vessatorietà della clausola suddetta e, quindi, dell' antigiuridicità della condotta della banca che continua a tenerne conto nel computo del saldo, trattandosi, quindi, di clausola che continua a dispiegare la propria piena efficacia operativa.

Rimane, pertanto, irrilevante la circostanza che la suddetta clausola non è più inserita nei "nuovi" moduli contrattuali distribuiti dalla banca convenuta alla clientela dei consumatori.

Osserva, peraltro, il Tribunale che anche con riferimento ai rapporti di conto corrente, stipulati prima dell'entrata in vigore della delibera e, ad

oggi, estinti, posto che è comprovato (in quanto incontestato ai sensi del citato art.10) che la banca convenuta paralizza ogni richiesta restitutoria o, comunque, di ricalcolo del saldo al fine di procedere al pagamento della somma effettivamente dovuta del consumatore muovendo dal [solo] presupposto della piena validità ed efficacia della clausola de qua, appaiono ammissibili le domande oggi proposte.

Pur dovendosi ritenere che il diritto al risarcimento, sulla base della normativa ad oggi vigente, rimane un diritto individuale, imputabile a ciascuno dei consumatori danneggiati dalla condotta plurioffensiva dichiarata contra legem, la previsione di cui al Codice del Consumo circa il diritto dei consumatori alla garanzia della "correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi", diritto tutelabile ad opera della associazioni dei consumatori che possono chiedere, ai sensi de citato art. 140, l' inibizione di "comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori" nonché "l' adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate", induce a ritenere che possa certamente procedersi in questa sede alla valutazione della liceità del comportamento sopra cennato posto in essere dalla banca convenuta.

Diversamente opinando si finirebbe, ad avviso di questo Tribunale, per vanificare la portata della suindicata legge nonché le finalità della stessa.

Una simile conclusione – e, quindi, l' esigenza di una lettura delle disposizioni de quibus in una ottica di ampia tutela dei diritti dei consumatori, con esclusione di ogni interpretazione restrittiva – appare del resto suffragata dall' esigenza di applicare la richiamata normativa in armonia con

la ratio ispiratrice della direttiva 98/27/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori).

Quest'ultima, muovendo dal presupposto che i meccanismi esistenti sia a livello nazionale che a livello comunitario "non sempre consentono di porre termine tempestivamente alle violazioni che ledono gli interessi collettivi dei consumatori" e nella prospettiva di una ampia e piena tutela dei diritti di questi ultimi oggetto delle direttive ivi espressamente richiamate, ha stabilito che gli Stati membri adottino sistemi al fine di "ordinare con debita sollecitudine la cessazione o l'interdizione di qualsiasi violazione", quest'ultima intesa come "qualsiasi atto contrario alle disposizioni delle direttive riportate in allegato".

Prima di passare all' esame delle problematiche afferenti la natura (vessatoria o meno) della suddetta clausola - come detto ancora oggi applicata dalla banca - nonché la [dedotta] antigiuridictà della condotta della banca convenuta nei confronti dei propri clienti-consumatori, occorre soffermarsi sugli ulteriori profili di 'inammissibilità' rilevati dalla Banca di Palermo.

Assume la società convenuta che "l'iniziativa giudiziaria avversaria si pone l'ulteriore (immeritevole) obiettivo di 'preconfezionare' al di fuori del necessario ed indispensabile giudizio fra le parti concrete del rapporto bancario una pronunzia che, *sub specie* di generale ordine inibitorio e ripristinatorio di asserite situazioni illegittime, impedisca alla Banca esponente lo svolgimento delle sue più che legittime (e costituzionalmente garantite) facoltà e diritti di difesa, finendo per ordinare alla medesima banca di 'accogliere', al di

fuori del contraddittorio giurisdizionale, le domande rivolte dalla sua clientela al rimborso di pretese somme pagate a titolo di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori".

La convenuta ha, altresì, sottolineato come la normativa sopra richiamata non consentirebbe, in ogni caso, nè l' adozione di pronunzie di mero accertamento né la possibilità di emettere statuizioni di condanna ad un comportamento positivo atteso che la tutela inibitoria pone capo ad un "non facere" (richiamando, in tale senso alcuni precedenti di giudici di merito).

Anche tali obiezioni, come già sottolineato nella citata pronunzia, non appaiono condivisibili.

Occorre sottolineare, invero, come la tutela inibitoria collettiva, per sua natura, laddove mira ad assicurare, come detto, in generale "correttezza, equità e trasparenza nei rapporti commerciali inerenti beni e servizi privati" implica una valutazione necessariamente riguardante i rapporti e, quindi, i diritti di una molteplicità di soggetti e ciò a prescindere da tutti i possibili specifici profili inerenti il singolo rapporto negoziale.

In quest'ottica appare fuorviante il richiamo operato dalla convenuta "all'inviolabile diritto di difesa" (art. 24 Cost.), atteso che ogni valutazione in ordine alla sussistenza di atti e comportamenti della banca convenuta lesivi dei diritti dei consumatori da effettuare nel presente giudizio instaurato ai sensi del richiamato art. 140, non preclude certamente alla banca di opporre, in futuro, ai clienti o ex clienti tutte le eccezioni inerenti i singoli rapporti di conto corrente al fine di paralizzare le relative istanze, secondo quanto appresso chiarito.

Non può del resto sottacersi che il professionista convenuto in giudizio dalla associazione dei consumatori al fine di inibire l' utilizzazione di una clausola ovvero vietare condotte antigiuridiche asseritamente lesive dei diritti dei consumatori ha sicuramente la possibilità di esercitare pienamente il proprio diritto di difesa nel processo collettivo.

Pensare che gli sia lecito e che, anzi, gli sia costituzionalmente garantito di nuovamente tornare a difendere il proprio operato (sotto detti profili) in una molteplicità di giudizi promossi individualmente dai singoli consumatori appare davvero eccessivo sotto qualunque punto di vista (in relazione alle finalità delle azioni collettive) e soprattutto perché il principio di economia processuale ne uscirebbe indebitamente stravolto.

In ordine alla tipologia dei rimedi richiesti è evidente che le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni sono 'atipiche ed innominate' e nessun criterio certo è fornito dalla legge per la sicura individuazione del loro contenuto, garantendosi la possibilità al giudice di adottare una pronunzia avente il contenuto che più si attagli alla specifica situazione dedotta in giudizio.

Sulla scorta delle considerazioni sopra formulate, al fine di non vanificare la portata della normativa sopra richiamata e stante la prevista possibilità di adottare tutte "le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate", ben può ammettersi la adottabilità di pronunzie dichiarative e di mero accertamento, dovendosi convenire con quanti hanno sostenuto che le misure idonee "sono tutte quelle misure in grado di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei consumatori ed in grado di realizzare appieno il

comando inibitorio, sia esso di contenuto negativo o positivo, a seconda delle esigenze concrete di tutela".

La ratio della legge n. 281/98 cit. prima e del codice del consumo oggi è, del resto, quella di costituire un "passo avanti" nella disciplina dei consumatori e degli utenti.

Tale normativa mira ad aggiungere forme di tutela, ad ampliare la c.d. *consumer protection*, per cui sarebbe interpretazione contraria alla detta finalità quella che mira a limitare fortemente i possibili contenuti della inibitoria e non ammette pronunzie dichiarative (come sostenutosi nelle pronunzie di merito richiamate da parte convenuta).

In questa prospettiva non può, per vero, non ammettersi la possibilità di adottare misure implicanti l'obbligo di eliminare gli effetti della condotta lesiva e, quindi, anche una prestazione di fare.

Sebbene il concetto stesso di inibitoria richiama un ordine di non fare vale a dire una condotta a contenuto negativo è innegabile che ogni qualvolta la violazione dei diritti dei consumatori si sostanzi in una comportamento omissivo l'unica possibile forma di inibitoria è proprio quella consistente nella imposizione di un facere e del resto "da un punto di vista teorico anche l'inibitoria positiva potrebbe sempre essere rovesciata in una inibitoria negativa. Il che è quanto dire che il giudice invece di ordinare un determinato comportamento atto a fare cessare l' illecito potrebbe ordinare la cessazione dell'illecito tout court. In altri termini, sempre in linea puramente teorica, si potrebbe affermare che tutte le inibitorie positive potrebbero risolversi in altrettante inibitorie negative".

Una simile lettura della norma appare del resto giustificata anche in relazione ai principi fissati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di tutela dei consumatori.
La Corte di Giustizia delle Comunità Europee (sentenza 26 Ottobre 2006, causa C-168/05; Mostaza Claro c. Centro Movil Milenium SL) ha avuto modo di sottolineare come "Secondo una costante giurisprudenza, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato Membro stabilire le modalità procedurali per garantire la salvaguardia dei diritti di cui i soggetti godono ai sensi dell' ordinamento comunitario in forza del principio dell' autonomia processuale degli stati membri a condizione tuttavia che tali modalità non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall' ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)".
E' proprio nell'ottica di garantire la piena efficacia ed operatività della tutela inibitoria apprestata dall' ordinamento interno (e, quindi, la "effettività" della stessa) che si impone una interpretazione della norma ad ampio respiro e sganciata da parametri restrittivi ancorati ad una visione eccessivamente formalistica della detta disposizione che finirebbe per vanificare la portata fortemente innovativa della stessa rispetto alle generali e tradizionali categorie conosciute nell' ambito del nostro sistema giuridico.
Come sottolineato dall' Adiconsum la stessa Corte di Cassazione, in materia di tutela inibitoria ex art. 28 dello Statuto dei Lavoratori (ove si fa riferimento all' ordine di "cessazione del comportamento illegittimo" e di "rimozione degli effetti" delle

accertate violazioni dei diritti dei lavoratori), ha individuato in modo assai ampio la nozione di rimedi inibitori esperibili.

Il Supremo Collegio ha, infatti, evidenziato come "In realtà quando l'illecito può continuare o ripetersi nel futuro, l'unica reazione efficace è costituita solo dall'azione inibitoria: un'azione diretta ad ottenere non la condanna del convenuto al risarcimento del danno che ha causato, ma l'ordine del giudice rivolto alla parte soccombente di inibire la continuazione della condotta illecita (come si esprime l'art. 2599 del c.c.) o di cessazione del fatto lesivo (come negli artt. 7 e 10 del c.c.). L'ordine può avere come contenuto un non fare (inibitoria negativa nei casi di illecito commissivo espressamente prevista dal legislatore in varie norme come gli articoli 7, 10, 949, 1079 e 2599 cod. civ.) o anche un fare (inibitoria positiva, nei casi di illecito omissivo, non espressamente prevista dal legislatore, ma applicata dalla giurisprudenza in tema di immissioni, art. 844 cod. civ.), di modificazioni della ditta (art. 2564 cod. civ.), di diritto di autore (art. 156 della legge 22 aprile 1941, n. 633) e, in generale, di provvedimenti di urgenza (art. 700 cod. proc. civ.). L'emanazione dell'ordine da parte del giudice non costituisce una mera ripetizione di ciò che è già prescritto dalla legge, ma produce effetti di carattere civile e penale" (Cass. 5295 del 12.6.1997).

A questo punto occorre esaminare la questione relativa alla carattere vessatorio e meno della clausola "applicata" dalla Banca di Palermo in forza la quale è stabilito che "I conti che risultano anche saltuariamente debitori vengono chiusi contabilmente" con "capitalizzazione trimestrale" (v. modulistica in atti).

In ordine al meccanismo della capitalizzazione trimestrale di detti interessi a debito (o anatocismo, cioè quell'operazione di "conversione degli interessi in debito di capitale allo scopo di provocare la decorrenza di nuovi interessi sulla somma per tale titolo dovuta"- così in dottrina -), applicata pacificamente dalla banca convenuta sui contratti di conto corrente [stipulati prima dell'entrata in vigore della delibera citata], va precisato che la Corte di Cassazione con la pronunzia 16 Marzo 1999, n. 2734, con improvviso *revirement*, ha escluso la esistenza di un uso normativo in deroga al divieto, affermando che "la previsione contrattuale della capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, in quanto basata, su un uso negoziale, ma non su una vera e propria norma consuetudinaria, è nulla in quanto anteriore alla scadenza degli interessi".

Alcuni mesi dopo l' avvento di detta giurisprudenza fortemente innovativa, è intervenuta una modifica legislativa, vale ad dire l'art. 25 3° co. D.L. n. 342/99 (di modifica dell'art. 120 TU Bancario, che ha stabilito che le clausole anatocistiche, previste nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera del CICR di cui al II comma dell'art. 120, sono valide ed efficaci fino a tale data), disposizione che è stata espunta dall'ordinamento in forza della sentenza n° 425/2000 della Corte Costituzionale.

Il Giudice delle leggi ha dichiarato l'art. 25 III comma illegittimo "nella parte in cui stabilisce che le clausole riguardanti la produzione di interessi su interessi maturati, contenuti nei contratti stipulati anteriormente alla delibera del CICR, relativa alle modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in

essere nell'esercizio dell'attività bancaria, siano valide ed efficaci fino a tale data e che, dopo di essa, debbono essere adeguate - a pena di inefficacia da farsi valere solo dal cliente - al disposto della menzionata delibera, con le modalità ed i tempi ivi previsti".

Sul punto va precisato che lo stesso intervento del legislatore, finalizzato a 'regolarizzare' i suindicati rapporti quanto al meccanismo della capitalizzazione, ha avuto come dato di partenza la chiara consapevolezza invalidità di detta clausola ante delibera CICR.

Invero l'art. 120 TU Bancario, come modificato dall'art. 25 D.Lgvo 342/99, ha attribuito al CICR il potere di stabilire le modalità ed i criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria.

Con l'emanazione della relativa deliberazione (in data 9.2.00, pubblicata nella G.U. 22 febbraio 2000), deve oggi ritenersi certa la legittimità della capitalizzazione degli interessi pattuita mediante apposite clausole contenute nei contratti bancari.

Quindi, la disciplina introdotta dal CICR vale per: i contratti bancari stipulati dopo la data di entrata in vigore della delibera del CICR 9/2/00; i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della delibera, ma con l'adeguamento con effetto dal 1° luglio 2000: l'art. 7 della delibera CICR stabilisce che le condizioni pattuite devono essere adeguate alle disposizioni contenute nella delibera, come detto, entro il 30/6/00.

E' rimasto, quindi, il problema della sorte dei contratti stipulati prima della delibera CICR e per il periodo fino al 30 giugno 2000, problema questo che riguarda i contratti di conto corrente stipulati

dai consumatori in relazione ai quali l'Adiconsum ha promosso l'odierno contenzioso.
Sulla capitalizzazione degli interessi a debito, in precedenza, l'orientamento consolidato della Suprema Corte, fin dalla sentenza 6631/81, era nel senso che "nel campo delle relazioni tra istituti di credito e clienti, in tutte le operazioni di dare ed avere, l'anatocismo trova generale applicazione in quanto sia le banche e sia i clienti chiedono e riconoscono come legittima la pretesa degli interessi da conteggiarsi alla scadenza non solo sull'originario importo versato ma anche sugli interessi da questo prodotti e ciò a prescindere dai requisiti richiesti dall'art. 1283 c.c.".
Fino al 1999, in definitiva, il quadro normativo di riferimento era rappresentato dall'art. 1283 c.c.; tale norma, di carattere imperativo e di natura eccezionale, consente l'anatocismo solo in presenza di determinate condizioni: - deve trattarsi di interessi scaduti da almeno sei mesi; - occorre la proposizione di una domanda giudiziale o la stipulazione di una convenzione successiva alla scadenza degli interessi.
Indi, la Cassazione dal 99 (v. sentenza sopra citata), con impostazione che ha continuato a muoversi esclusivamente nel solco della disposto di cui all'art. 1283 c.c., si è soffermata sulla natura della prassi in virtù della quale nei contratti di conto corrente bancario era inserita la clausola della capitalizzazione trimestrale, sostenendo che tale prassi, tale 'consuetudine', non è connotata dai caratteri idonei a far configurare un uso normativo - come aveva detto la precedente giurisprudenza - rimanendo essa confinata nei più ristretti limiti dell'uso negoziale, non suscettibile di assumere rilievo nell'ottica del citato art. 1283.

Ancora, ha precisato che l'esistenza di una vera e propria consuetudine legittimante la prassi della capitalizzazione trimestrale non è mai stata accertata dalla commissione speciale permanente presso il Ministero dell'Industria, ai sensi del d. leg. c.p.s. n. 152 del 1947, e che gli accertamenti – da parte di alcune camere di commercio provinciali - di usi locali conformi alle norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI sono tutti successivi al 1952, sicché, avendo preso effetto le n.b.u. proprio dal 1°.1.1952, deve escludersi che queste attestino l'esistenza di usi locali preesistenti, e deve, piuttosto, presumersi che l'accertamento dell'uso locale sia null'altro che il rilievo di prassi negoziali conformi alle condizioni generali predisposte dall'ABI: prassi cui non può riconoscersi efficacia di fonte di diritto obiettivo se non altro per l'evidente difetto dell'elemento soggettivo dell'*opinio iuris ac necessitatis*, giacché dalla comune esperienza emerge che l'inserimento delle clausole di capitalizzazione trimestrale è acconsentito da parte dei clienti non in quanto tali clausole siano ritenute conformi a norme già esistenti, ma solo in quanto sono comprese nei moduli predisposti dalle banche e non suscettibili di negoziazione individuale. Inoltre, ha ritenuto che l'art. 1283 c.c. avrebbe carattere imperativo, e che le norme che dettano una disciplina diversa - si tratta delle norme in materia di conto corrente ordinario che consentono l'anatocismo senza i limiti del 1283 c.c. - non possono applicarsi al conto corrente bancario, stante la specialità della disciplina che lo caratterizza.

Tale nuovo arresto del Supremo Collegio è stato, poi, costantemente, chiaramente ed univocamente confermato, dalle successive sentenze nn.

12507/1999, 6263/2001, 1281/2002, 4490/2002, 4498/2002, 8442/2002, 17338/2002; 2593/2003, 12222/2003, 13739/2003, fino alla richiamata Cassazione SS.UU. Civili 7 ottobre - 4 novembre 2004 n° 21095.

Quest'ultima pronuncia, in particolare, si è soffermata sulla "insuperabile valenza retroattiva dell'accertamento di nullità delle clausole anatocistiche", di cui si è mostrato subito ben consapevole anche il legislatore il quale ha dettato, nel comma 3 dell'art. 25 del già citato d.lgs. 342/1999, una norma ad hoc, volta appunto ad assicurare validità ed efficacia alle clausole di capitalizzazione degli interessi inserite nei contratti bancari stipulati anteriormente alla entrata in vigore della nuova disciplina, paritetica, della materia, di cui ai precedenti commi primo e secondo del medesimo art. 25. Norma, come detto, poi espunta dall'ordinamento, perché dichiarata incostituzionale, nella parte relativa alla cd. "sanatoria del pregresso", (ma) che ha confermato la necessità della capitalizzazione paritetica degli interessi tra cliente e Istituto di credito, introducendo (cfr. nuovo testo dell'art. 120 T.U bancario) il criterio generale secondo il quale nelle operazioni in conto corrente deve essere assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, con l'eliminazione di quella dissimmetria nella produzione degli interessi anatocistici, la cui ingiustizia ha palesemente ispirato il più recente indirizzo della Cassazione.

Con la pronunzia a Sezioni Unite citata, la Suprema Corte ha ricordato che "dalla comune esperienza emerge che i clienti si sono nel tempo adeguati all' inserimento della clausola anatocistica

non in quanto ritenuta conforme a norme di diritto oggettivo già esistenti o che sarebbe auspicabile fossero esistenti nell'ordinamento, ma in quanto comprese nei moduli predisposti dagli istituti di credito, in conformità con le direttive dell'associazione di categoria, insuscettibili di negoziazione individuale e la cui sottoscrizione costituiva al tempo stesso presupposto indefettibile per accedere ai servizi bancari. Atteggiamento psicologico ben lontano da quella spontanea adesione a un precetto giuridico in cui, sostanzialmente, consiste *l'opinio iuris ac necessitatis*, se non altro per l'evidente disparità di trattamento che la clausola stessa introduce tra interessi dovuti dalla banca e interessi dovuti dal cliente".

Pertanto, esclusa l'esistenza di un uso normativo bancario, la clausola di anatocismo trimestrale previsto dalle condizioni di apertura di credito in conto corrente di che trattasi si manifesta in aperto contrasto con le prescrizioni imperative dell'art. 1283 c.c..

Orbene la valutazione della vessatorietà della detta clausola nonché della antigiuridicità della condotta della Banca di Palermo in ordine alla applicazione della medesima non può prescindere dalla superiore quadro.

Tutti gli interventi normativi e le recenti pronunzie giurisprudenziali del Supremo Collegio (sotto questo profilo non bisogna trascurare la funzione nomofilattica della Cassazione, specie in relazione alle pronunzie a Sezioni Unite) degli ultimi otto/nove anni muovono da un dato certo: la illiceità di una capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito operata in via unilaterale dalla banca in senso a sé favorevole.

Non può, del resto, negarsi che trattasi di clausola, espressione del prepotere contrattuale delle banche, la quale determina un forte squilibrio a danno del contraente debole, quale è tipicamente il cliente privato della banca costretto ad aderire, in difetto di reali alternative, alle condizioni economiche unilateralmente predisposte ed applicate da tutti gli istituti dei credito.

Come è stato osservato la capitalizzazione trimestrale, applicata dalla banca a senso unico, fa sì che il finanziamento sia gravato, in aggiunta al dichiarato corrispettivo del servizio (e cioè gli interessi al tasso convenzionalmente pattuito), di un ulteriore costo a fronte del quale non si prevede alcuna contropartita, costo che, come si evince dal tenore della citata clausola grava sul cliente-consumatore anche in ipotesi di saldi solo "saltuariamente" debitori (previsione quest'ultima certamente assai pregiudizievole ed insidiosa per il cliente).

Mentre rientra nella fisiologia del rapporto contrattuale di conto corrente bancario la discrepanza fra tassi attivi e passivi sicchè certamente ciò non implicata alcun profilo di vessatorietà, diversa cosa è la imposizione da parte della banca di un meccanismo contrattuale con cui si autoattribuisce (indiscriminatamente nei rapporti con tutti i clienti) una posizione di certo vantaggio che non trova corrispondenza, in quanto tale, in alcuna specifica controprestazione.

Lo 'sbilanciamento' che per tale via viene a concretizzarsi lungi dal contemperare gli interessi della parti, rappresenta una chiara esplicazione del potere 'normativo' del soggetto 'forte' il quale viene ad imporre alla controparte, in modo tutt'altro che chiaro un costo aggiuntivo al servizio reso.

La vessatorietà della detta clausola, quanto allo squilibrio, appare del resto confermata dalla stessa previsione contenuta nell' art. 120 del T.U. Bancario e dalla successiva delibera CICR sopra citata la quale ha ammesso la capitalizzazione trimestrale solamente a condizione di reciprocità.

Va, pertanto, dichiarata la vessatorietà della clausola – a tutt'oggi operante nei rapporti in itinere, intercorrenti con l'istituto convenuto, sorti anteriormente alla citata delibera – con la quale la banca convenuta applica ai clienti-consumatori, nei rapporti di conto corrente bancario, la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito, e ciò sino al 30.6.2000.

Sulla scorta delle precedenti considerazioni non può, poi, sottacersi che l'operato della banca la quale, in relazione a tale rinnovato quadro normativo e giurisprudenziale e del carattere certamente vessatorio di detta clausola, a seguito di apposita istanza scritta del cliente (o ex cliente) – consumatore si rifiuti costantemente di ricalcolare il saldo del conto ancora operante ovvero, con riferimento a contratti esauritisi, di restituire le somme incassate in forza della illegittima capitalizzazione degli interessi a debito, ponendo in essere tale comportamento solo ed esclusivamente nel presupposto della piena validità ed efficacia della detta clausola, costituisce una condotta antigiuridica lesiva dei diritti dei consumatori.

Va chiarito in questa sede, al fine di sgombrare il campo dalle contestazioni formulate sul punto dalla Banca di Palermo, che con la odierna pronunzia non si vuole né si potrebbe escludere il diritto della banca di paralizzare simili istanze sulla base di "eccezioni" afferenti le singole posizioni ed i singoli rapporti (quali, ad esempio, eccezioni di:

prescrizione, giudicato, compensazione, carenza di legittimazione attiva e/o passiva) ma si mira a valutare, criticamente, la condotta della banca che respinge dette richieste muovendo solamente dalla affermazione della liceità del proprio operato in ordine alla applicazione della suddetta clausola, ritenuta pienamente valida.

E' sufficiente, al tal proposto, ribadire come possa ritenersi incontroverso che ad oggi la banca convenuta continua paralizzare le istanze dei clienti-consumatori inerenti l'applicazione dell' anatocismo sempre e comunque, ed anche in assenza di specifiche eccezioni opponibili al correntista.

Conseguentemente, stante l'accertata illiceità della condotta, va fatto divieto alla Banca di Palermo di respingere le istanze avanzate da titolari di rapporto di conto corrente (consumatori) finalizzate al ricalcolo della esposizione debitoria previa depurazione della capitalizzazione trimestrale al 30.6.2000 ovvero quelle dirette alla ripetizione di somme corrisposte in eccedenza in virtù della applicata capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito sino a detta data, esclusivamente in ragione della piena validità ed efficacia della menzionata clausola e qualora non abbia alcuna [diversa] eccezione, inerente il singolo rapporto di conto corrente bancario, opponibile al cliente-consumatore.

In accoglimento della specifica istanza avanzata dall' Adiconsum ai sensi dall' art. 140 citato, al fine di meglio assicurare un tutela dei diritti dei consumatori pregiudicati dalla applicazione della detta clausola vessatoria da parte della Banca di Palermo, attraverso una ampia diffusione della odierna decisione, deve essere disposta la

pubblicazione di un breve estratto della presente sentenza (contenente la indicazione degli estremi della controversia, dell'organo giudicante, delle parti e del dispositivo) per una sola volta sui quotidiani "Il Corriere della Sera" ed "Il Giornale di Sicilia" a cura e spese della banca convenuta.

Tale pubblicazione appare sufficiente a garantire i diritti dei consumatori, dovendosi, conseguentemente, rigettare la richiesta attorea finalizzata ad ordinare alla convenuta di inviare ai propri clienti consumatori una missiva contente indicazioni esplicative in ordine alle vessatorietà della richiamata clausola ed alla illiceità dei propri comportamenti nonché la richiesta diretta ad adottare ogni altra misura idonea a correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate.

Va, infine, disposto, ai sensi dell' art. 140, 7° co, in ipotesi di inadempimento degli obblighi stabiliti nella presente sentenza, decorsi sessanta giorni dalla pubblicazione della stessa, il pagamento da parte della Banca di Palermo di una somma pari ad € 516,00 per ogni giorno di ritardo.

In applicazione del principio della soccombenza le spese di lite - liquidate in favore di parte attrice in complessivi euro 6.226,00 di cui euro 350,00 per spese vive ed euro 1.000,00 per diritti, oltre iva e cpa e rimborso per spese generali ai sensi della vigente TF - vanno poste a carico della banca convenuta.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunziando, disattesa ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

a) dichiara la vessatorietà della clausola con la quale la Banca Di Palermo S.p.A. applica, ai

rapporti di conto corrente bancario intercorrenti con i clienti-consumatori, la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito, e ciò sino al 30.6.2000;

b) ordina alla Banca di Palermo S.p.A. di astenersi dal respingere le istanze avanzate da titolari di rapporto di conto corrente (consumatori) finalizzate al ricalcolo della esposizione debitoria previa depurazione della capitalizzazione trimestrale al 30.6.2000 ovvero quelle dirette alla ripetizione di somme corrisposte in eccedenza in virtù della applicata capitalizzazione trimestrale a debito sino a detta data, esclusivamente in ragione della piena validità ed efficacia della menzionata clausola e qualora non abbia alcuna [diversa] eccezione, inerente il singolo rapporto di conto corrente bancario, opponibile al cliente-consumatore;

c) dispone la pubblicazione di un breve estratto della presente sentenza (contenente la indicazione degli estremi della controversia, dell'organo giudicante, delle parti e del dispositivo) per una sola volta sui quotidiani "Il Corriere della Sera" ed "Il Giornale di Sicilia" a cura e spese della banca convenuta, con formato di dimensioni non inferiori a cm. 20 X cm. 30;

d) dispone, ai sensi dell' art. 140 co. 7 D.L.vo 6 Settembre 2005 n. 206, in ipotesi di inadempimento degli obblighi stabiliti nella presente sentenza, decorsi sessanta giorni dalla pubblicazione della stessa, il pagamento da parte della Banca di Palermo S.p.A. di una somma pari ad € 516,00 per ogni giorno di ritardo;

e) condanna la banca convenuta al pagamento delle spese processuali liquidate in favore dell'Adiconsum in euro 6.266,00 oltre iva e cpa e

rimborso per spese generali ai sensi della vigente TF.

Cosi deciso in Palermo nella Camera di Consiglio della Terza Sezione Civile del Tribunale in data 26 Ottobre 2007

*****

XVI. Tribunale di Palermo – sez. dist. Monreale, sentenza 28 marzo 2008, IRF Padre Clemente Onlus (Avv. M. Madonia) c. Telecom Italia S.p.A., (Avv. B. M. Marotta), Giudice Ruvolo

Il tentativo di conciliazione contemplato all'art. 12 della Delibera 182/92/CONS deve intendersi come un obbligo da adempiere o mediante il ricorso al Corecom, ove istituito, o dinanzi ad altri organismi di conciliazione aventi le stesse caratteristiche richieste dall'art. 12 reg.

Si tratta di un'obbligazione con facoltà solutoria alternativa, ove la facoltà afferisce solamente alla scelta dell'organo conciliativo che si occupi di una conciliazione comunque obbligatoria.

Da ciò ne consegue che, mentre nelle regioni in cui il Corecom esercita le funzioni di conciliazione è facoltativo il ricorso al Corecom o agli altri organismi di conciliazione, nelle altre regioni (come la Sicilia), diventa obbligatorio il solo ricorso agli altri organismi di conciliazione.

In quest'ultimo caso, la mancata proposizione del tale tentativo di conciliazione dinanzi agli altri organismi di conciliazione determina l'improponibilità della domanda.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
SEZ. DISTACCATA DI MONREALE

In composizione monocratica, in persona del Giudice Dott. Michele Ruvolo, all'esito della discussione orale, ha pronunciato e pubblicato mediante lettura di dispositivo e contestuale motivazione (art. 281 sexies c.p.c.) la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 198/04 R.G. vertente tra
IRF Padre Clemente Onlus (Avv. Manlio Madonna)

ATTORE

E

Telecom Italia S.p.A. (Avv. Biagio R. Marotta)

CONVENUTO

In persona del Giudice Monocratico dr. Michele Ruvolo, definitivamente pronunciando, disattesa ogni diversa domanda eccezione o difesa, così provvede:

1. dichiara improponibili le domande proposte da parte attrice;
2. compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Deve innanzitutto esaminarsi l'eccezione di improponibilità delle domande di parte attrice formulata da parte convenuta.

A tal fine va osservato che il comma 11 dell'art. 1 della legge 249/97 prevede che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni "disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fr[a] utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario

di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuale con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione".

Ora, in attuazione della citata disposizione di legge l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha adottato, con deliberazione del 19 giugno 2002 (n 182/02/CONS pubblicata sulla GU n. 167 del 18-7-2002, poi abrogata con la delibera n. 173/07/CONS con la quale è stato approvato il nuovo regolamento), il regolamento concernente la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni ed utenti.

L'art. 3 del regolamento in questione (rubricato "richiesta di svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione") prevede che "gli utenti, singoli o associati, ovvero gli organismi di telecomunicazioni, che lamentino la violazione di un proprio diritto o interesse protetti da un accordo di diritto privato o dalle norme in materia di telecomunicazioni attribuite alla competenza dell'Autorità e che intendano agire in giudizio, sono tenuti a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom competente per territorio".

Inoltre, in base all'art. 4 del detto regolamento "la proposizione del tentativo obbligatorio di conciliazione, ai sensi dell'art. 1 comma 11,

della legge 31 luglio 1997, n. 249, sospende i termini per agire in sede giurisdizionale che riprendono a decorrere dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione.
2. Il ricorso giurisdizionale non può essere proposto sino a quando non sia stato espletato il tentativo di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza".
Ancora, si osservi che l'art. 12 del regolamento attribuisce agli utenti "la facoltà di esperire, in alternativa al tentativo di conciliazione presso i Corecom, di cui alla presente Sezione, un tentativo di conciliazione dinanzi agli organi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie in materia di consumo che rispettino i principi sanciti dalla raccomandazione della Commissione 2001/310/CE".
Deve ora rilevarsi che l'art. 1 della citata delibera 182/02 dell'Autorità prevede, al comma 3, che "le disposizioni di cui alla sezione II del regolamento di cui all 'allegato A, fatte salve quelle di cui agli articoli 5 e 12 che trovano immediata applicazione, si applicano dalla data di effettivo esercizio delle funzioni delegate, secondo quanto previsto dalle convenzioni con i Comitati regionali per le comunicazioni previste dall'art. 2, allegato A, della delibera n. 53/99 del 28 aprile 1999".
Orbene, il Corecom Sicilia non risulta però esercitare le funzioni delegate della conciliazione.
Ciò non comporta, però, che la disposizione sull'improponibilità non risulti applicabile in Sicilia.

Ed invero, va ricordato che il comma 11 dell'art. 1 della legge 249/97 prevede che per le controversie individuate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (tra le quali rientra anche quella oggetto del presente giudizio) "non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità".

Ecco che è lo stesso legislatore a prevedere in ogni caso la necessità, nelle controversie in questione, di un tentativo obbligatorio di conciliazione.

Nonostante l'art. 12 del regolamento attribuisse (prima della sua abrogazione nel 2007) agli utenti "la facoltà di esperire, in alternativa al tentativo di conciliazione presso i Corecom, di cui alla presente Sezione, un tentativo di conciliazione dinanzi" ad altri organi non giurisdizionali, non può ritenersi che in forza della delibera dell'Autorità 182/02 (che era quella vigente al momento dell'introduzione del presente giudizio) fosse obbligatorio solo il tentativo davanti al Corecom e non anche quello davanti ad altri organismi di conciliazione. In altri termini, quest'ultimo tentativo di conciliazione non era meramente facoltativo.

Il legislatore ha infatti imposto un obbligo, quello del tentativo preventivo di conciliazione, da adempiere comunque o mediante il ricorso al Corecom o ad altri organi di conciliazione che avessero le caratteristiche richieste dall'art. 12.

Civilisticamente si parlerebbe di un'obbligazione con facoltà solutoria alternativa (quale quella prevista in tema di obbligo alimentare dall'art. 443 c.c.). La "facoltà" di cui parla l'art. 12 del regolamento riguarda solo la scelta dell'organo conciliativo che si occupi di una conciliazione comunque obbligatoria.

Chiaramente, mentre nelle regioni in cui il Corecom esercita le funzioni di conciliazione è facoltativo il ricorso al Corecom o agli altri organismi di conciliazione sopra indicati, nelle altre regioni (come la Sicilia) diventa obbligatorio il solo ricorso agli altri organi di conciliazione. È comunque sempre necessario, per previsione legislativa, che un tentativo di conciliazione venga attivato.

In favore di tale conclusione militano diversi argomenti:

1. L'art. 12 sul tentativo di conciliazione dinanzi ad organi conciliativi diversi dal Corecom si trova inserito nella sezione 11 del regolamento, sezione la cui rubrica è "tentativo obbligatorio di conciliazione";
2. L'art. 3 del regolamento è rubricato "richiesta di svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione";
3. Il comma 11 dell'art. 1 della legge 249/97 prevede che per le controversie individuate con provvedimenti dell'Autorità "non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione", introducendo così la necessità di un tale tentativo;
4. Il fatto che, in base all'art. I della delibera 182/02 dell'Autorità, gli artt. 3 e 4 del regolamento trovino applicazione solo dalla

data di effettivo esercizio delle funzioni delegate non elimina l'obbligatorietà del tentativo, imposto comunque sia dalla legge che dal regolamento, ma comporta solo che diventa obbligo quella che era una semplice facoltà di fare ricorso ad altri organismi di conciliazione;

5. La ratio legislativa è quella di non arricchire il contenzioso giudiziario anche di un tipo di controversie che ben possono trovare una rapida composizione conciliativa.

Il fine è, chiaramente, quello snellire il carico processuale giudiziario e di promuovere una politica transattiva tra le parti introducendo strumenti tendenzialmente deflattivi rispetto all'azione ordinaria in giudizio, notoriamente gravosa in termini sia di durata che di costi. Peraltro, oltre alla necessità di evitare che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario con conseguente difficoltà per il suo funzionamento, vi è anche la necessità di salvaguardare la possibilità di favorire la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più celere rispetto a quello conseguibile attraverso il processo. Ed è chiaro che la ratio normativa deve essere tenuta in considerazione dall'interprete anche nel compimento dell'operazione esegetica relativa all'ambito di estensione del tentativo obbligatorio di conciliazione;

6. Nel nuovo regolamento del 2007 sopra citato si legge, all'art. 3, che "per le controversie di cui all'articolo 2 comma 1, il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile

fino a che non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Co.re.com competente per territorio munito di delega a svolgere la funzione conciliativa, ovvero dinanzi agli organi di risoluzione extragiudiziale delle controversie di cui all'art. 13.2.. Ove il Co. re. com territorialmente competente non sia titolare della delega di cui al comma 1, il tentativo obbligatorio di conciliazione dovrà essere esperito dinanzi agli organi di cui all'articolo 13". Si rende così più chiaro ciò che comunque era già ricavabile dalla struttura, dal testo e dallo spirito del precedente regolamento nonché della legge 249/97.

Pertanto, non risultando che parte attrice abbia instaurato la detta procedura di conciliazione, le domande dell'attore, che rientrano tra quelle previste dal citato art. 3 del regolamento, vanno dichiarate improponibili.

In considerazione della natura del giudizio, delle difese delle parti e delle ragioni della decisione, sussistono giustificati motivi per dichiarare integralmente compensate le spese del giudizio.

Così deciso in Monreale alla udienza odierna del 28/3/2008.

VI. SERVIZI DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

Il presente capitolo racchiude alcune delle più significative sentenze pronunciate dalle corti di merito siciliane in materia di servizi finanziari e tutela dell'investitore.
La scelta di dedicare un'intera sezione alla tematica in questione scaturisce dalla considerazione che, negli ultimi anni, la tutela del risparmiatore ed, in particolare, del consumatore di servizi di investimento, rappresenta uno dei "temi caldi" in materia di *consumer protection*.
I recenti scandali finanziari dei gruppi Parmalat e Cirio, nonché le note vicende della crisi della Repubblica Argentina hanno, infatti, portato alla ribalta le invalse condotte degli intermediari finanziari, perpetrate ai danni di migliaia di investitori non professionali, aventi ad oggetto la sollecitazione di investimenti oggettivamente rischiosi in assenza di una preventiva informativa sulle caratteristiche del prodotto offerto e di una corretta valutazione dell'adeguatezza dell'affare rispetto al profilo dei clienti.
La giurisprudenza di merito degli ultimi cinque anni, con la quale hanno trovato in larga parte accoglimento le istanze risarcitorie dei risparmiatori, ha infatti riconosciuto nella condotta degli intermediari finanziari la violazione del sistema normativo di protezione degli investitori ed in particolare degli obblighi di informazione imposti dalla legislazione

di settore, ove il generale diritto del consumatore ad "un'adeguata informazione, trasparenza e pubblicità" consacrato all'art. 2 del D.Lgvo 206/2005 (Codice del Consumo) ha trovato una sua puntuale integrazione e specificazione in un complesso di regole e principi diretti a garantire la correttezza nella contrattazioni ed a ridurre il gap informativo tra intermediari ed emittenti da un lato ed investitori dall'altro.

La normativa di riferimento è rappresentata, in primo luogo, dalle disposizioni contenute nel D.Lgvo 24 febbraio 1998 n. 58, recante Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, cosiddetto T.U.F (oggi modificato a seguito dell'entrata in vigore del.lgs. n. 164 del 2007 con cui l'Italia ha dato attuazione alla Direttiva 39/2004, c.d. *MiFID - Market in financial instruments directive*), il quale, all'art. 21, lett.b), nel fissare i principi cardine del rapporto investitore-intermediario, individua un momento passivo, preliminare, che ha quale scopo la raccolta - da parte dell'intermediario - delle informazioni necessarie per una corretta valutazione del profilo di rischio individuale del cliente (c.d. regola del *know your customer rule*) e che impone dall'intermediario di "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati" ed "acquisire le necessarie informazioni dai clienti e di operare in

modo che essi siano sempre adeguatamente informati".
Accanto a tale obbligo è, poi, previsto un momento successivo di informazione attiva, relativo alle caratteristiche del prodotto finanziario offerto e dei rischi connessi all'investimento (c.d. regola del *know the security rule*), durante il quale l'intermediario deve "organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento; disporre di risorse e procedure idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e svolgere una gestione indipendente, sana e prudente".
I principi sopra indicati trovano poi puntuale attuazione ed integrazione nella normativa secondaria di settore contenuta nei Regolamenti emanati dall'Autorità di Vigilanza ed in particolare nei regolamenti Consob in materia di intermediari finanziari.
A tal proposito, si ricordano le disposizioni di cui agli artt. 27 e 31 della Delibera Consob n. 16190/2007, volte a garantire agli investitori garanzia di trasparenza informativa ed a fissare i requisiti generali delle informazioni che l'intermediario deve fornire al cliente. Tali informazioni, secondo la normativa testè richiamata, devono essere in particolare, "corrette, chiare e non fuorvianti", ossia corrispondenti a verità, facilmente comprensibili ed obiettive.

La descrizione informativa cui è tenuto l'intermediario, affinché l'investitore possa effettuare una scelta consapevole, deve pertanto essere completa, intelligibile ed adeguata in relazione alla natura e ai rischi dello specifico investimento proposto.

A tal proposito, si segnala come in giurisprudenza sia pacificamente escluso che l'adempimento dell'obbligo di informativa prescritto dalla legge possa esaurirsi nella mera consegna, da parte dall'intermediario, del documento sui rischi generali dell'investimento.

In questo senso, la sentenza del **Tribunale di Palermo del 16 marzo 2005**, dopo avere premesso che *"non può non evidenziarsi la genericità del contenuto di tale documento, tendente ad illustrare le caratteristiche delle diverse tipologie di strumenti finanziari ed i rischi a ciascuna astrattamente connessi, ma non ritagliato sull'oggetto della singola negoziazione*", ha infatti precisato che *"l'eccessiva genericità del documento sui rischi generali ed il richiamo dell'avvenuta ricezione dello stesso in un ordine di acquisto, non costituiscono prova dell'adempimento da parte della banca degli obblighi d'informativa prescritti dalla legge, nemmeno in presenza di un'attestazione da parte del cliente del seguente tenore: Vi confermo che le operazioni sopra indicate sono conformi ai miei obiettivi di investimento e che sono a conoscenza dei rischi ad esse connessi descritti nel*

Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari da voi ricevuto".

Secondo il tribunale palermitano, infatti, la genericità del documento sui rischi generali *"induce a negare a tale dichiarazione il valore di esternazione di una consapevolezza sulla natura dell'operazione e sul rischio correlato alla cui creazione non contribuisce"*.

Un corretto e puntuale adempimento degli obblighi informativi sopra indicati richiede poi il rispetto, da parte dell'intermediario, dei doveri comportamentali e procedurali facenti capo alla cosiddetta *Know your customer rule*, ossia al generale obbligo dell'intermediario di acquisire informazioni sulle caratteristiche soggettive e sulla propensione al rischio del cliente.

Si tratta, a ben vedere, di informazioni sul profilo complessivo dell'investitore, attinenti all'età, alla professione eventualmente svolta, al grado di istruzione, nonché alla sua situazione finanziaria, alla pregressa operatività in strumenti finanziari ed agli obiettivi di investimento e propensione al rischio che l'intermediario deve assumere al fine di valutare l'adeguatezza dell'investimento proposto.

Sul punto si ricorda la decisione del **Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto del 21 giugno 2007 n. 392**, ove il Collegio ha ritenuto inadeguata l'operazione di acquisto di obbligazioni Cirio da parte di una risparmiatrice *"tenuto conto della*

bassa propensione al rischio ricavabile dalla presenza in portafoglio di obbligazioni a basso rendimento e dalla professione di insegnante di scuola materna esercitata dalla cliente".

Degna di nota è, poi, in merito alla valutazione dell'adeguatezza dell'operazione rispetto alla situazione finanziaria del risparmiatore, la sentenza del **Tribunale di Marsala del 12 luglio 2006**, ove il decidente, disattendendo le difese della banca convenuta, ha escluso un'alta propensione al rischio del cliente ed ha ritenuto inadeguato un investimento in obbligazioni Cirio, nel caso di un investitore con un portafoglio composto per il 55% in titoli obbligazionari bancari, per il 31% in fondi mobiliari bilanciati e per il 3% in fondi azionari.

Nella stessa sede poi il tribunale marsalese ha poi colto l'occasione per affermare il principio in base al quale l'entità (alquanto considerevole nella fattispecie) del patrimonio mobiliare dell'investitore costituisca di per sé indice della propensione dell'investitore ad investimenti particolarmente rischiosi.

Secondo la regola del *Know your customer rule*, come sopra evidenziato, l'intermediario è tenuto ad acquisire dal cliente tutte le informazioni necessarie al fine di valutare l'adeguatezza dell'investimento.

Tali informazioni, tuttavia, non possono limitarsi a quelle fornite dal risparmiatore nella fase di compilazione della scheda sul

suo profilo: l'obbligo dell'intermediario si estende infatti a tutte quelle informazioni che possono comunque influire sulla valutazione del profilo di rischio del cliente e che sono comunque disponibili indipendentemente dalla fonte di reperimento[37].

A ciò deve aggiungersi che l'eventuale rifiuto dell'investitore di fornire le informazioni sul suo profilo "non può far andare indenne l'intermediario dalle responsabilità derivanti dall'inadeguatezza dell'operazione, in quanto le notizie fornite dal cliente in occasione dell'approccio conoscitivo costituiscono solo il contenuto minimo dell'informazione passiva"[38] .

Tale assunto trova conferma nella pronuncia del **Tribunale di Catania del 22 novembre 2005**, secondo cui *"anche nel caso in cui l'investitore abbia volontariamente omesso di fornire le informazioni utili alla individuazione del profilo che gli apparteneva all'epoca della stipula del contratto di negoziazione, così come consentito dall'art 28 del regolamento Consob, siffatta circostanza non preclude comunque alla banca in forza di tale omissione di prescindere dalla*

[37]M. Salvatore, *Servizi di investimento e responsabilità civile,* Giuffrè Editore, Milano, 2004, pagg. 279 e ss.: "*L'adeguatezza dell'operazione non è più valutata in relazione a ciò che è verbalizzato nel documento descrittivo della situazione finanziaria del cliente, ma in relazione a tutte le indicazioni che l'intermediario può ricavare aliunde*".

[38] M. Salvatore, *op. cit.*, pag. 281.

valutazione della adeguatezza dell'operazione commissionata (cd suitabiliy rule, che rappresenta il fulcro del diligente adempimento chiesto all'intermediario). In tali casi, prosegue la sentenza, "la valutazione della adeguatezza va effettuata all'uopo considerando tutti i dati comunque riferibili al cliente del quale l'intermediario è comunque in possesso, se del caso anche guardando a pregresse esperienze maturate dal cliente nel campo del mercato finanziario".

Sulla base di tali premesse la predetta sentenza conclude ritenendo l'operazione adeguata nel caso in cui, pur avendo il cliente omesso di fornire le informazioni utili all'individuazione del profilo di investitore, i titoli acquistati presentavano di contro un rating (nella fattispecie molto basso) adeguato anche all'investitore dal più basso profilo di propensione al rischio.

Una volta verificata l'inadeguatezza dell'investimento, i doveri di condotta degli intermediari in caso di operazioni si snodano dunque in due distinti obblighi comportamentali: da un lato, l'intermediario deve astenersi dal porre in essere operazioni non adeguate, dall'altro, deve segnalare al cliente la non adeguatezza dell'operazione da questi autonomamente richiesta e, in quest'ultimo caso, procedere all'esecuzione dell'investimento solo in presenza di uno specifico ordine dell'investitore.

La segnalazione di non adeguatezza presuppone dunque una più marcata comparazione tra la rischiosità dell'investimento e la propensione al rischio del cliente e si estrinseca sostanzialmente nel consiglio dell'intermediario di non effettuare l'operazione non adeguata.
Qualora, tuttavia, nonostante l'opera dissuasiva dell'intermediario, l'investitore insista per effettuare l'operazione non adeguata, "gli intermediari possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute" [39].
La segnalazione per iscritto della non adeguatezza delle operazioni di investimento è dunque uno strumento rafforzativo dei doveri fiduciari di informazione diretti a tutelare la consapevolezza del consenso prestato dal contraente in caso di decisioni pericolose: non si ritiene sufficiente, tuttavia, la mera segnalazione della non adeguatezza dell'affare, priva però delle ragioni e di tutte le informazioni per le quali l'operazione appare non adeguata.

---

[39] Cfr art. 28, Reg. Consob 11522/1998, oggi abrogato a seguito dell'adozione del Regolamento Intermediari Consob 16190/2007.

A tal proposito si richiama la sentenza del **Tribunale di Termini Imerese del 7 marzo 2006**, secondo cui *"In considerazione del profondo divario di informazioni e cognizioni tecniche possedute dalle parti, con il mandante in posizione di netto svantaggio sul mandatario, quest'ultimo è tenuto, usando la diligenza del professionista avveduto, ad indirizzare le scelte del risparmiatore e a segnalargli l'eventuale inadeguatezza delle operazioni che intenda comunque compiere, illustrandogliene i motivi"*.

Ed ancora, secondo la sentenza del **Tribunale di Catania n. 518 dell'8 febbraio 2007**: *"Gli obblighi di informazione a carico dell'intermediario sono inversamente proporzionali al livello di preparazione specifica dell'investitore: ad un investitore esperto sarà sufficiente fornire indicazioni minime sulle caratteristiche dl singolo prodotto, al contrario di quanto sarà necessario fare nei confronti di un investitore inesperto"*.

Significativa è poi la sentenza del Tribunale di Palermo del 17 febbraio 2006, la quale, ritenendo "lapidaria" la mera sottoscrizione da parte del cliente della dichiarazione <<trattasi di operazione non adeguata>>, essendo tale espressione una mera clausola di stile, ha escluso che essa potesse esonerare l'istituto dall'onere di fornire la prova positiva del tipo di informazione concretamente dato.

Fatta questa precisazione, occorre ricordare come sull'intermediario

grava altresì l'obbligo di astenersi dall'effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se ha direttamente o indirettamente un interesse in conflitto e ciò a meno che egli non abbia preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione dell'interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'acquisto.

Sul punto si ricorda la sentenza del **Tribunale di Palermo del 24 novembre 2005**, ove il Collegio, chiamato a pronunciarsi sull'esistenza di un'ipotesi di conflitto di interessi, ha specificato che *"tale situazione di conflitto, per essere rilevante agli effetti della contestazione di violazioni comportamentali è solo quella attuale, ossia quella situazione in cui l'intermediario non solo potenzialmente, ma anche effettivamente, realizzi un suo interesse in conflitto con quello del cliente". La predetta sentenza, inoltre, ha escluso l'esistenza del conflitto nell'ipotesi in cui l'operazione di negoziazione fosse stata effettuata in contropartita diretta: "si tratta, a detta del Collegio, di quella forma di negoziazione che il TUF riconosce come legittima e disciplina all'art. 1 comma 5 lett. a), denominandola "negoziazione in conto proprio" che non determina, di per sé, una situazione di conflitto di interessi, che va valutato in concreto e si ha solo quando l'intermediario persegua -*

contemporaneamente alla operazione - un interesse diverso ed ulteriore rispetto a quello tipico del contratto di investimento".
Analogamente, la sentenza del **Tribunale di Catania del 23 gennaio 2007**, ha ritenuto che *"la negoziazione in contropartita diretta non è di per sé sufficiente a far ritenere la sussistenza di un conflitto di interessi laddove la compravendita si sia perfezionata sulla base di un ordine conferito spontaneamente dal cliente e manchi la prova che si sia perfezionata su suggerimento o sollecitazione dell'intermediario diretta a perseguire scopi ulteriori e diversi dalla realizzazione dell'interesse del cliente"*.
Ulteriori strumenti di tutela dell'investitore vengono poi garantiti dalla normativa di settore attraverso la previsione di requisiti formali in materia di contratti: per la stipulazione dei contatti relativi alla prestazione del servizi di investimento è infatti richiesta, a pena di nullità, la forma scritta ad substantiam e la consegna di una copia del contratto al cliente[40].
Il vincolo della forma scritta, a ben vedere, sussiste unicamente per il contratto quadro e non già per i singoli ordini di acquisto "a valle": in tal senso, la sentenza

[40] Il riferimento normativo è contenuto nell'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 58/1998, secondo cui "*i contratti relativi alla prestazione del servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto…. Nei casi d'inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo*".

del **Tribunale di Catania del 25 novembre 2005** ha infatti precisato che *"Solo per il "contratto quadro" per la negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini relativi a strumenti finanziari, e non anche per i singoli ordini di compravendita impartiti dall'investitore è previsto il vincolo legale della forma scritta"*. Ciò in quanto i singoli ordini di acquisto consistono in dichiarazioni non negoziali di volontà (cc.dd. determinative) cui fa seguito una mera attività esecutiva (l'acquisto o il disinvestimento) che non concreta un ulteriore accordo (proprio perché l'intermediario "esegue" e non "accetta di eseguire" l'ordine).

Nello stesso senso, la sentenza del **Tribunale di Palermo del 16 marzo 2005,** secondo cui *"Il contratto di negoziazione, nella specie nullo per difetto dei requisiti formali, altro non è che un incarico gestorio, qualificabile come un mandato fra il cliente e l'intermediario, avente ad oggetto l'attività di negoziazione di strumenti finanziari (…). Ne consegue che i singoli successivi ordini di acquisto, con le relative compravendite dei titoli, impartiti dal cliente alla Banca, costituiscono il momento esecutivo del contratto di mandato, l'attività di attuazione del programma negoziale contenuto proprio nel contratto di prestazione di servizi di investimento"*.

In presenza di un contratto privo dei requisiti formali prescritti dalla legge, ne consegue la nullità dei successivi ordini di

acquisto sottoscritti dall'investitore.
A tale conclusione perviene la sentenza del **Tribunale di Catania del 25 novembre 2005**, ove il Collegio ha chiarito che *"La previa conclusione del "contratto quadro" costituisce un requisito di legittimazione dell'intermediario a fornire servizi di investimento ai propri clienti in mancanza del quale la banca non può ritenersi legittimata ad accettare ed eseguire l'ordine di acquisto del cliente. Ne consegue che l'omessa sottoscrizione del "contratto quadro" alla data di esecuzione dell'ordine di acquisto abbia determinato la nullità di quest'ultimo"*.
Ulteriore riprova del fatto che la disciplina in materia di contratti di intermediazione finanziaria è ispirata a principi di favore nei confronti dell'investitore si rinviene in materia di onere della prova: secondo l'art. 23 del T.U.F, infatti, nei giudizi per il risarcimento dei danni derivanti dallo svolgimento di servizi di investimento promossi dagli investitori grava sull'intermediario finanziario l' onere di provare di avere agito con la diligenza specifica richiesta.
Se da un lato il cliente è esonerato dal dimostrare il nesso di causalità tra danno e violazione di norme di comportamento, dall'altro, invece, all'intermediario non è sufficiente offrire la prova contraria all'esistenza di tale nesso, essendogli

richiesto di provare di aver agito con la diligenza dovuta[41] .

Nello stesso senso si è pronunciato il **Tribunale di Palermo nella sentenza del 24 novembre 2005**, secondo cui *"L'onere di provare di aver agito con la diligenza richiesta dall'operazione conclusa grava sul soggetto abilitato, a norma dell'art. 23 comma VI TUF. (norma che può ritenersi specificazione, in questo particolare settore, di quella desumibile dall'art. 1218 c.c.), convenuto in giudizio dal cliente per i danni a questi cagionati. In questo caso, l'intermediario non deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile per adempiere l'obbligazione ma deve dar prova di aver agito con la specifica diligenza, da valutarsi con riguardo all'attività professionale esercitata (art. 1176 II comma c.c.). In caso di pretesa ulteriore di risarcimento del danno, sull'investitore permane l'onere di provare che il danno è la conseguenza della allegata violazione dei doveri"*.

Fatte queste precisazioni, si ritiene a questo punto opportuno richiamare il dibattito giurisprudenziale affermatosi negli ultimi anni in merito ai rimedi ed alle forme di tutela accordate alle ipotesi in questione.

Invero, sul piano sanzionatorio, la

---

[41] F. Carbonetti "*I contratti di intermediazione mobiliare*", Milano 1992, pag. 68

violazione degli obblighi di informazione e le regole di condotta imposte all'intermediario, è stata ricondotta, secondo un primo orientamento giurisprudenziale, all'ipotesi della nullità.
Secondo tale primo indirizzo, cui fanno riferimento le sentenze del **Tribunale di Palermo del 16 marzo 2005** e del **Tribunale di Marsala del 12 luglio 2006,** la violazione di tali obblighi contrattuali da parte dell'intermediario determina, per l'appunto, la nullità dell'operazione eseguita.
Si tratta, in verità, di una sanzione che non è posta direttamente dalla norma ma che, secondo tale orienatmneto, si ricava in considerazione degli interessi pubblicistici, anche di rango costituzionale (art. 47 Cost.) che l'impianto normativo mira a tutelare e che sono identificabili nella tutela dei risparmiatori uti singuli, del risparmio pubblico, come elemento di valore dell'economia nazionale, della stabilità del sistema finanziario, dell'efficienza del mercato dei valori mobiliari, con vantaggi per le imprese e per la economia pubblica.
Dalla qualificazione in termini di norma imperativa di legge dei precetti comportamentali che sovrintendono all'operato degli intermediari finanziari, discenderebbe pertanto, secondo tale indirizzo, l'affermazione di nullità degli atti negoziali conclusi in loro dispregio, ai sensi dell'art. 1418 comma I e III c.c.

A fronte di tale impostazione, l'indirizzo giurisprudenziale rappresentato dalla sentenza del Tribunale di Catania del 23 gennaio 2007, seppur condividendo la qualificazione in termini di norma imperative dei precetti contenuti nel T.U.F. e nella normativa regolamentare Consob, qualificati come canoni comportamentali immediatamente conformanti il regolamento negoziale, giunge, sul piano rimediale, a conclusioni diverse.

Ciò in quanto, secondo tale orientamento, non sempre la violazione di una norma imperativa porta con sè la nullità del contratto: questo si desume dall'art 1418, 1° comma, c.c., il quale, nel prevedere le ipotesi di nullità virtuali da contrapporre a quelle testuali di cui al II comma dello stesso articolo, fa espressamente salvi i casi in cui è la stessa legge a prevedere un diverso rimedio a fronte della violazione del precetto imperativo.

La violazione degli obblighi informativi imposti agli intermediari non sarebbe pertanto idonea a provocare vizi genetici, ossia incidenti sulla conclusione del contratto, ma funzionali, inerenti quindi ad un contratto già perfezionato e strumentali a rimedi diversi dalla nullità, quale la risoluzione del contratto e/o il risarcimento da inadempimento.

Tale orientamento, che pare voler far rivivere l'ordinario sillogismo tra regole di comportamento e giudizi di responsabilità, trova, a parere di chi scrive, inequivoca conferma proprio nel disposto di cui all'art

23 comma VI del TUF, il quale, nel regolare l'onere della prova inerente il rispetto del grado di diligenza richiesto all'intermediario, precisa che tale regola è comunque destinata ad operare "nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento".
Da ciò deriverebbe pertanto che la violazione delle regole di condotta imposte all'intermediario è destinata ad incidere funzionalmente sul contratto ai fini della risoluzione e del risarcimento danni e non sulla conclusione dell'accordo.
Ulteriori argomenti a favore della tesi contraria alla nullità - e favorevole all'inadempimento - sembrano inoltre ricavarsi dalla considerazione che il legislatore, nel TUF, quando ha voluto correlare a specifiche violazioni la sanzione della nullità lo ha fatto espressamente (cfr l'art 23, commi I e II, in tema di forma scritta del contratto di investimento e di richiamo agli usi); e lo ha fatto introducendo una nullità relativa, rilevabile cioè solo da parte dell'interessato; in assenza di un' apposita previsione esplicita da parte del legislatore, l'eventuale nullità virtuale ricavabile nell'ipotesi di violazione degli obblighi informativi in via ermeneutica, non potrebbe che essere assoluta.
A fronte degli orientamenti sopra esposti, si ricorda la tesi affermata dalla Corte di Cassazione con la pronuncia n. 19204 del 2005, di recente confermata dalle Sezioni

Unite della Suprema Corte nella sentenza 19 dicembre 2007 n. 26725, secondo cui la violazione degli obblighi di informazione della banca, impedendo al cliente di esprimere un consenso "libero e consapevole", costituirebbe un'ipotesi di responsabilità precontrattuale[42].
Secondo tale condivisibile impostazione, in particolare, sussisterebbe in capo all'intermediario finanziario che abbia omesso di fornire al risparmiatore le informazioni fondamentali ai fini della valutazione della convenienza dell'affare, una palese *culpa in contraendo*, avendo costui perpetrato, nella fase antecedente alla conclusione del contratto, un'attività lesiva dei canoni di buona fede e correttezza imposti dalla legge.
Tali obblighi, scanditi dalla disciplina di settore, segnerebbero infatti il comportamento dei soggetti abilitati prima dell'instaurazione del vincolo contrattuale, volti a tutelare in questa fase la libertà di autodeterminazione dell'investitore e il suo interesse negativo a non stipulare un

[42] In particolare, secondo la Corte, "*l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c. va ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto*".

contratto dal contenuto alterato o financo invalido.
Va da sé pertanto che, nel caso di accertata violazione di tali obblighi, sorgerà a carico dell'intermediario l'obbligo del risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo, ovvero dell'interesse dell'investitore a non essere leso nell'esercizio della sua libertà negoziale.
Occorre tuttavia avvertire come la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del dicembre 2007 faccia tuttavia un passo avanti rispetto alla sentenza del 2005: se è vero che le norme in discussione hanno carattere imperativo e sono poste a presidio di un interesse generale rilevante, la tesi della nullità va abbandonata in quanto l'effettività delle norme è comunque assicurata dalla previsione di rimedi alternativi, quali il rimedio risarcitorio e, in presenza dei presupposti di legge, financo quello risolutorio.
E' sulla base dei presupposti teorici delineati che il Giudice di legittimità enuncia la ratio della decisione *"la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la*

stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione in questione".

Il doppio regime di responsabilità – precontrattuale e contrattuale – è intimamente connesso con la teorica del c.d. "contratto normativo", cui è riconducibile la fattispecie negoziale del contratto per la negoziazione (sottoscrizione, collocamento, ricezione, trasmissione e mediazione) degli ordini concernenti strumenti finanziari: accordo quest'ultimo mediante il quale le parti prestabiliscono, conformemente alla disciplina di settore, le modalità e taluni aspetti del contenuto dei futuri negozi: gli ordini di borsa, per l'appunto. Tali ordini che, pur avendo natura negoziale, "costituiscono pur sempre il momento attuativo del precedente contratto di intermediazione".

Da questo angolo di visuale – il riferimento al mandato sembra cogliere nel segno – ne deriva che solo la violazione delle regole informative antecedenti alla stipulazione del contratto normativo si traduce in una responsabilità di tipo precontrattuale: si tratta delle regole che impongono agli intermediari di consegnare alla controparte il documento sui rischi

generali degli investimenti in strumenti finanziari, nonché di acquisire le "informazioni sull'esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, situazione finanziaria, obiettivi.
In questo frangente, le Sezioni Unite sembrano condividere allora la sentenza della Cassazione 29 settembre 2005, n. 19024 secondo cui la violazione delle norme richiamate ha natura prettamente risarcitoria, in dipendenza della eventuale violazione del principio di buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. E ciò in quanto il mancato rispetto della disciplina in tema di flussi informativi – antecedenti alla stipulazione del contratto normativo (e soltanto del contratto normativo) – è riconducibile ad una violazione dell'art. 1337 c.c. La violazione, per contro, di tutte le altre regole comportamentali che devono essere rispettate successivamente alla stipulazione del contratto normativo è destinata ad integrare un inadempimento e dunque una responsabilità di tipo contrattuale, ferma restando la possibilità da parte del cliente di invocare il rimedio risolutorio qualora alla luce dell'economia del contratto l'inadempienza dell'intermediario non abbia scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c.
Ed è proprio quest'ultima la soluzione abbracciata, all'indomani della pronuncia delle Sezioni Unite, dal **Tribunale di Palermo nella sentenza del 13 febbraio 2008 n. 696**, ove il Collegio palermitano,

operando un vero e proprio renvirement, abbandona la tesi della nullità virtuale e qualifica in termini di inadempimento contrattuale la violazione degli obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario.

Secondo la suddetta pronuncia, infatti, *"non può sanzionarsi con la nullità il negozio ove risulti inosservato l'obbligo informativo perché l'informazione non assurge a requisito dell'atto a pena di nullità, ma anzi, per quanto discende dalle norme del T.U.F. richiamate, qualifica il comportamento dell'operatore finanziario, con condotta da valutare in termini di diligenza nella fase delle trattative o dell'adempimento"*.

Ciò in quanto, prosegue la sentenza, le norme poste a salvaguardia del diritto di informazione dell'investitore non sono che una specificazione dei principi generali in tema di informazione e correttezza, già sanciti dagli artt. 1337 e 1375 c.c., alla cui violazione segue solo l'esperibilità del rimedio della risoluzione e/o risarcitorio, nonché – sussistendone eventualmente i presupposti – l'applicazione delle sanzioni penali ed amministrative previste a carico dell'intermediario.

*****

I. Tribunale di Palermo, sentenza 16 marzo 2005, A.S. (Avv.ti Gaia Mattini e Filippo Di Pace), c. X (Avv.ti G. e A. Palmigiano, F. e A. Monti), Pres. Monteleone, Rel. Maisano

L'obbligo dell'intermediario di informare l'investitore non può ritenersi assolto con la consegna del prospetto sui rischi generali di investimento, consegna che, nelle intenzioni del legislatore, pur avendo lo scopo di colmare il divario tra il bagaglio informativo delle parti, non può di certo comportare una presunzione di consapevolezza da parte del consumatore.

Il profilo a carattere conservativo ed a basso rischio dell'investitore risultante dalla compilazione della scheda informativa nonché dalla pregressa operatività in titoli del debito pubblico italiano con l'obiettivo – dichiarato- di costituire la provvista necessaria all'acquisto di una abitazione, non può ritenersi cambiato per il solo fatto che poco tempo prima dell'acquisto dei titoli dei quali lamenti l'eccessiva rischiosità e quindi l'inadeguatezza abbia negoziato, con esito favorevole, obbligazioni di un paese emergente connotati da un elevato grado di rischio.

La violazione di tali obblighi contrattuali imposti all'intermediario di prodotti finanziari comporta la nullità dell'operazione eseguita. La sanzione non è posta espressamente dalla norma, ma si ricava agevolmente proprio in considerazione degli interessi pubblicistici, anche di rango costituzionale (art. 47 Cost.) che l'impianto normativo mira a

tutelare, identificabili nella tutela dei risparmiatori uti singuli, del risparmio pubblico come elemento di valore dell'economia nazionale, della stabilità del sistema finanziario, dell'efficienza del mercato dei valori mobiliari, con vantaggi per le imprese e per la economia pubblica.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO
Terza Sezione Civile

Composta dai Signori Magistrati
1) Angelo Monteleone, Presidente
2) Cristina Midulla, Giudice
3) Giulia Maisano, Giudice Relatore

Riuniti in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 7511 del Registro Generale degli Affari Contenziosi Civili dell'anno 2004

TRA

A.S., elettivamente domiciliato in Palermo, Via P.pe di Granatelli n. 76, presso lo studio dell'Avv. Gaia Matteini che lo rappresenta e difende, insieme all'Avv. Filippo Di Pace per mandato a margine dell'atto di citazione.

ATTORE

E

XXXXX in persona del direttore generale, elettivamente domiciliata in Palermo, via XXXXX, presso lo studio degli Avv.ti XXXXXXX, che la rappresentano e difendono unitamente agli avvocati XXXX e XXXX del Foro di Milano, per

mandato in calce alla copia notificata dell'atto di citazione

CONVENUTA

CONCLUSIONI DELL'ATTORE

In via principale, accertare e dichiarare la nullità e/o inefficacia e/o annullabilità del contratto di vendita dei band negoziati in contropartita diretta dalla convenuta in favore dell'attore, sig. A.S., per violazione del combinato disposto degli artt. 1418, 1439 e 1343 c.c., art. 21 Dlgs 58/98, artt. 26, 27, 28, 29, del. Consob 1.7.1998 e per l'effetto condannare la società convenuta alla restituzione del capitale investito in obbligazioni Cirio ed al risarcimento danni da liquidarsi in via equitativa, oltre interessi e danno da svalutazione monetaria, dal diritto al soddisfo; in linea subordinata, accertare e dichiarare che nelle operazioni di collocamento delle obbligazioni Cirio, la XXX ha tenuto per le motivazioni in narrativa, ed in particolare per l'omissione di informazioni doverose, una condotta violativa del dovere di buona fede precontrattuale e dell'obbligo di diligenza specifica (art. 23 comma 6 D.Lgs 58/98, art. 28 comma II e art. 96 comma II lett, c del, Consob 1.7.1998, art. 1337 c.c.); per l'effetto, condannare la convenuta al risarcimento dei danni subiti e subendi da liquidarsi in misura pari all'investimento sollecitato, oltre interessi e danni da svalutazione monetaria, dal diritto a soddisfo, ai sensi dell'art. 1224 c.c.; in ogni caso, ritenere e dichiarare che i diritti di custodia per le obbligazioni Cirio Del Monte, percepiti dalla Banca dal novembre 2002, ossia dalla ufficializzazione della perdita di valore dei bond, non sono più dovuti, atteso che le dette obbligazioni sono prive di valore e, per l'effetto, condannare XXX alla

restituzione degli importi percepiti e percipiendi a titolo di diritti di custodia, dal novembre 2002 alla data di effettivo soddisfo, ai sensi dell'art. 2033 c.c.; condannare la società convenuta alle spese e compensi del presente giudizio, con distrazione in favore dei sottoscritti procuratori antistatari, i quali dichiarano di averle interamente anticipate.

CONCLUSIONE DEL CONVENUTO

respingere tutte le domande *ex adverso* formulate nel presente giudizio, in quanto infondate in fatto ed in diritto e comunque sprovviste di supporto probatorio; per l'effetto, assolvere XXX da ogni avversa domanda e pretesa; con vittoria di spese, diritti ed onorari di lite oltre IVA e CPA sulla parte imponibile, rimborso forfettario, sentenza e successive occorrende.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato a XXX il giorno 4.6.2004, e depositato presso la cancelleria del Tribunale di Palermo, unitamente al fascicolo ed alla nota di iscrizione a ruolo, nel termine prescritto dall'art. 3, comma I, D.Lgs n. 5/03, S.A. esponeva di aver acquistato, su suggerimento di un promotore finanziario dell'istituto di credito convenuto, sig. XXX XXX, il quale si era fatto garante della sicurezza e del buon rendimento dell'investimento, obbligazioni Cirio Del Monte al 6,625% con scadenza nel maggio dell'anno 2006, per un controvalore di € 10.000. Deduceva che gli era stato fatto intendere che l'emissione obbligazionaria provenisse da una solida impresa nazionale e che, avendo manifestato la propria indisponibilità ad investimenti rischiosi, gli fosse stato assicurato il recupero, alla scadenza, del capitale investito. Lamentava la mancata consegna del documento informativo sui rischi

generali correlati agli investimenti finanziari, del contratto di apertura del dossier titoli, della scheda relativa al profilo di rischio dell'investitore. Rappresentava che, ricevuta copia dell'ordine di acquisto e poi del fissato bollato, si era avveduto che questa era stata eseguita da XXXX in contropartita diretta, ovvero tramite cessione di titoli già presenti nel proprio paniere. Proseguiva riferendo che nel novembre 2002 una società di trustee inglese aveva dapprima dichiarato il default della emittente i titoli — la quale, si apprendeva solo allora, non aveva sede in Italia, ma in altro paese europeo, il Lussemburgo — in quanto resasi inadempiente alla restituzione dei prestiti alla scadenza, e poi il cross default in relazione ad altri prestiti obbligazionari emessi da società facenti parte del gruppo Cirio e parimenti inadempiuti. Fallito l'investimento e compromessa non solo la possibilità di percepire gli interessi, ma addirittura di recuperare il capitale investito, l'attore chiedeva la condanna dell'istituto di credito alla restituzione dell'importo riversato nell'acquisto, al risarcimento dei danni conseguenti, alla ripetizione, infine, degli indebiti prelievi per spese di custodia dei titoli. Censurava, invero, sotto diversi angoli visuali il contegno della banca che assumeva contrario alle disposizioni di legge (D.Lgs n, 24.2.1998 n. 58, c.d. TUF) e regolamentari (delibera Consob 1.7.1998 n.11522) disciplinanti la materia con pari forza imperativa, in quanto poste a presidio di interessi generali, taluni di rango costituzionale, facendone discendere il corollario dell'invalidità ed inefficacia del contratto concluso. Imputava, in particolare, alla banca: di non aver raggiunto un apprezzabile livello di conoscenza dei prodotti finanziari

compravenduti; di aver contravvenuto agli obblighi preliminari alla prestazione dei servizi di investimento proponendo ad un risparmiatore inesperto -senza renderlo edotto del rischio connesso all'investimento, senza segnalargli l'inadeguatezza dell'operazione rispetto alle sue propensioni ed anzi fornendogli dolosamente dichiarazioni fuorvianti l'acquisto di titoli emessi da una società straniera in uno stato estero ove non vigevano gli stringenti limiti all'emissione di prestiti obbligazionari dettati dal codice civile italiano a garanzia della restituzione, non quotati nei mercati regolamentati e negoziati solo nei servizi di scambi organizzati, privi di prospetto informativo in quanto destinati ad un pubblico di investitori professionali, non assistiti da alcuna valutazione circa il merito di credito della società emittente; di avere agito in conflitto di interessi, cedendo al cliente strumenti finanziari già in suo possesso, senza informarne per iscritto l'investitore e senza acquisirne il consenso; di non avere informato il risparmiatore della precipitosa riduzione del valore dei titoli e dunque del patrimonio investito. Ritualmente costituitasi, con comparsa notificata il 16.9.2004 e depositata il successivo 23 settembre, contenente istanza di fissazione di udienza, XXX chiedeva il rigetto delle domande. Confutava, documentalmente, talune affermazioni dell'attore, evidenziando come dal contratto da costui sottoscritto il 14/2/2001 emergesse non solo la eseguita rilevazione del profilo dell'investitore, la sua situazione finanziaria, le sue esperienze, il grado di propensione al rischio e dei suoi obiettivi di investimento, ma anche l'avvenuta consegna del documento esplicativo dei rischi generali degli

investimenti in strumenti finanziari, ed ancora come l'ordine di acquisto del 22/1/2002 una copia del quale era stata consegnata al cliente — questi era stato reso edotto delle modalità di esecuzione dell'acquisto operate dalla banca per conto proprio. Segnalava come ciò non implicasse che i titoli fossero stati tratti dal proprio paniere ed assumeva, anzi, di averne regolato l'acquisizione in misura strettamente necessaria, per tempi e quantità a soddisfare gli ordini impartiti dalla clientela. Negava, infatti, di aver preso parte al consorzio di banche incaricate del collocamento dei titoli, e rappresentava come le informazioni reperibili sul mercato all'epoca dei fatti per cui è causa non delineavano il titolo come altamente rischioso, non imponevano di qualificare l'operazione come inadeguata, né lasciavano presagire il crollo. Riprendendo le osservazioni sviluppate in una nota curata dai servizi studi della Banca d'Italia, affermava la legittimità della negoziazione del titolo - articolata nelle due fasi dell'assunzione a fermo e della negoziazione sul mercato secondario- anche rispetto alle norme del testo unico delle leggi finanziarie disciplinanti la divulgazione del prospetto informativo verso i risparmiatori. Con decreto di fissazione di udienza depositato il 22.11.2004, il giudice relatore disponeva il libero interrogatorio delle parti e rigettava, in quanto tardive, le istanze istruttorie della convenuta. All'udienza collegiale di discussione del 17.12.2004, espletato il libero interrogatorio delle parti, tentata con esito negativo, la conciliazione e confermato il decreto di fissazione, la causa veniva posta in decisione con assegnazione al relatore del termine di cui all'art. 16 comma V D.Lgs 5/03.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Alla delibazione delle domande dell'attore, cui è sottesa l'allegazione, sotto diversi profili, dell'invalidità del negozio di acquisto delle obbligazioni Del Monte al 6,625%, nonché l'addebito all'intermediario finanziario di responsabilità precontrattuale, è opportuno premettere qualche considerazione sulla struttura dei rapporti negoziali intercorsi tra le parti. Compendiando i dati che si ritraggono dalla produzione documentale e dalle dichiarazioni rese dall'attore nel corso del libero interrogatorio, risulta acclarato che in data 14.2.2001 S.A. sottoscrisse un contratto di conto corrente di corrispondenza e deposito titoli a custodia ed amministrazione, in forza del quale risultava autorizzato ad impartire a XXX - alla quale aveva contestualmente reso informazioni sulla propria situazione finanziaria ed i propri obiettivi di investimento - ordini per la negoziazione di strumenti finanziari. Tale contratto, istitutivo, per la parte che qui viene in rilievo, di un mandato avente ad oggetto la prestazione di servizi di investimento, sub specie di negoziazione ex art. 32 delib. Consob 1.7.1998 n. 11522, costituisce dunque la cornice negoziale alla quale si correlano le singole operazioni che, con l'intervento necessitato dell'intermediario, l'attore compì, ovvero l'acquisto, dapprima, di titoli in valuta polacca per l'equivalente di L.15.000.000 circa e, successivamente, delle obbligazioni Del Monte oggetto del giudizio.

Ricorrono dunque, sia nel caso specifico che in termini più generali, due piani negoziali tra loro collegati; il conferimento del mandato e l'attuazione del servizio di investimento (il quale

può assumere svariate conformazioni, implicando, in ragione dell'oggetto dell'incarico - dalla mera ricezione e trasmissioni ordini alla gestione di patrimoni affidati attraverso la mediazione e la negoziazione - e delle concrete modalità operative, un diverso grado di coinvolgimento dell'intermediario) prima ed in vista del compimento del quale l'intermediario è tenuto a partecipare al cliente le informazioni in suo possesso "la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento" (art. 28, comma II, delib. Consob 1.7.1998 n. 11522).

Poiché dunque le parti sono già legate da un rapporto negoziale, di cui -nel caso concreto - l'acquisto o il disinvestimento di prodotti finanziari costituiscono atti esecutivi, il dato in sé dell'anteposizione temporale delle "adeguate informazioni" rispetto al compimento della singola operazione non è sufficiente ad evocare l'operatività delle regole sulla responsabilità precontrattuale.

La riconduzione della problematica entro la categoria giuridica della responsabilità contrattuale elide la necessità di confrontarsi con le questioni attinenti al limite del risarcimento del danno e consente di qualificare in termini di inadempimento la violazione ad opera dell'intermediario dei doveri di diligenza impostigli dalla legge.

Tali doveri, disciplinati in modo peculiare dal legislatore, che li ha in parte tipizzati offrendo al contempo i presupposti per l'identificazione delle conseguenze dell'inadempimento, integrano il contenuto della prestazione gravante sull'intermediario.

In considerazione del profondo divario di informazioni e cognizioni tecniche possedute dalle parti, con il mandante in posizione di netto svantaggio sul mandatario, quest'ultimo è tenuto, usando della diligenza del professionista avveduto, ad indirizzare le scelte del risparmiatore ed a segnalargli l'eventuale inadeguatezza delle operazioni che intenda comunque compiere, illustrandogliene i motivi. Le regole che sovrintendono la fase immanente al contratto e prodromica al compimento delle singole operazioni, denominate con terminologia inglese come *know your merchandise rule*, *know your customer rule* e *suitability rule*, sono codificate rispettivamente dall'art. 26 comma I lett. e) reg. Consob 11522/98, dagli artt. 21, comma I, lett. b) T.U.F. e 28, comma I, lett. a) reg. Consob n. 11522/98 e dall'art. 29 comma I reg. Consob 11522/98 ed impongono all'intermediario finanziario di: acquisire un'adeguata conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi e dei prodotti diversi, propri o di terzi; raccogliere informazioni necessarie dai clienti, richiedendo al l'investitore - anche mediante moduli prestampati il cui utilizzo è stato legittimato dalla Consob informazioni sulla sua esperienza in materia di investimenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, la sua propensione al rischio, annotando l'eventuale rifiuto del cliente a rendere le risposte; astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni, anche se espressamente impartite dal cliente, rispetto a costui non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza e dimensione, salvo la ripetizione scritta dell'ordine preceduta dall'esplicazione delle ragioni di inadeguatezza.

Il nesso di strumentalità tra tali doveri è palese così come manifesto è il loro sinergico operare, unitamente ad altre prescrizioni - quali quelle in terna di separazione patrimoniale, o di conflitto di interessi - verso il raggiungimento di un fine superiore, configurato nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato {art. 21, comma I, lett. a T.U.F. ed art. 26, comma I del Consob 11522/98), ovvero quello di assicurare correttezza e trasparenza dell'attività di intermediazione: la corretta interpretazione delle preferenze di investimento dei risparmiatori e la ponderata valutazione dei rischi da parte di costoro riducono l'alea connessa agli investimenti finanziari entro quella connaturata e perciò insopprimibile, alle operazioni eseguite sul mercato dei valori mobiliari, ed elidono, tendenzialmente, il rischio non necessario, evitando che questo sia addossato in modo inconsapevole al risparmiatore.

La violazione di tali obblighi contrattuali determina la nullità dell'operazione eseguita. La sanzione non è posta espressamente dalla norma, ma si ricava agevolmente, secondo quanto con continuità affermato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito (Cass. 7.3.2001 n. 3272, Trib. Treviso 26.11-16.12.2004, Trib. Mantova 12.11.2004, Trib. Taranto 27.10.2004), proprio in considerazione degli interessi pubblicistici, anche di rango costituzionale (art. 47 Cost.) che l'impianto normativo mira a tutelare, identificabili nella tutela dei risparmiatori uti singuli, del risparmio pubblico, come elemento di valore dell'economia nazionale, della stabilità del sistema finanziario, dell'efficienza del mercato dei valori mobiliari, con vantaggi per le imprese e per la

economia pubblica (in questi termini, ancorché con riferimento ad altra norma della disciplina dell'intermediazione finanziaria, Cass. 7..3.2001 n. 3272).

Dalla qualificazione in termini di norma imperativa di legge dei precetti comportamentali che sovrintendono all'operato degli intermediari finanziari discende, ai sensi dell'art. 1418, comma I e III c.c., l'affermazione di nullità degli atti negoziali conclusi in loro dispregio. L'onere della dimostrazione dell'aver agito con la specifica diligenza richiesta è addossato dall'art. 23, comma VI, T.U.F. al soggetto abilitato all'esercizio dell'attività che sia stato convenuto in giudizio dal cliente per il risarcimento dei danni risentiti nello svolgimento dei servizi di investimento ed accessori.

Nella specie, l'istituto di credito convenuto, che pur avendo assunto l'iniziativa della notificazione dell'istanza di fissazione di udienza non ha provveduto ad ordinare per capitoli separati le circostanze di fatto che intendeva provare, né ha indicato il nominativo dei testi da escutere, non ha offerto alcun suffragio all'allegazione di diligente comportamento.

Elementi contrari emergono, piuttosto dalla pur limitata istruttoria condotta. Ed invero, rispondendo al questionario rivoltogli dal promotore finanziario della banca, l'attore si dichiarò disponibile a fornire informazioni sulla propria situazione finanziaria, indicò di avere esperienza in investimenti in strumenti finanziari e di averne altri in essere, di aver obiettivi di investimento a medio termine e di possedere una media propensione al rischio.

La rappresentazione riassuntiva di tali informazioni, calata in un modulo a stampa a risposte obbligate, è stata ampliata nel corso del libero interrogatorio (ed è presumibile, ed anzi legittimo attendersi in applicazione delle regole sopra riportate, sia stata più ampia nella comunicazione verbale intercorsa tra le parti all'atto della stipula del contratto), ove l'attore ha chiarito che la propria esperienza si formò nel corso degli anni 80 attraverso l'acquisto di BOT, "ma mai di titoli di altri genere". Al profilo di risparmiatore con scarsa esperienza pregressa e limitata propensione al rischio che ne emerge non apporta significativa modificazione l'operazione da questi compiuta prima dell'investimento per cui è causa.

Pur convenendosi con l'istituto di credito che, per il tramite del suo procuratore speciale ha sottolineato la necessità di riguardare in divenire alle indicazioni fornite dal risparmiatore all'atto della conclusione del contratto di deposito titoli, registrando l'evoluzione manifestata dalle operazioni da questi successivamente concluse, deve tuttavia ritenersi che l'acquisto di obbligazioni in valuta polacca compiuta dall'attore poco prima dell'operazione per cui è causa - il cui provento costituì oggetto del presente investimento -, in quanto suggerita dallo stesso promotore finanziario, originata dal medesimo quadro, contenuta nell'arco temporale di appena un anno, troppo breve per far presumere un meditato mutamento delle esigenze e propensioni di costui, non condizioni e non innovi il profilo cristallizzato nella scheda informativa.

In altri termini sia l'acquisto di obbligazioni di un paese emergente quale la Polonia, sia l'acquisto di

band Cirio Del Monte, in quanto connotati entrambi da una grado elevato di rischio, devono ritenersi operazioni inadeguate per un investitore la cui esperienza prima di allora era maturata solo grazie alla negoziazione di titoli del debito pubblico italiano con l'obiettivo, dichiarato, di costituire la provvista necessaria all'acquisto di un'abitazione.

Tra esse l'unica, di certo rilevante, differenza è rappresentata dall'esito, fortuitamente favorevole solo nel primo caso. L'investimento per cui è causa deve invero ritenessi incontro rispetto al profilo dell'investitore, sol che si osservi, utilizzando i dati ritraibili dalle dichiarazioni del procuratore speciale della banca e dalla nota curata dai Servizi Studi e Vigilanza della Banca d'Italia. stralci della quale, insieme agli estremi di pubblicazione, sono riportati in comparsa di risposta, che: - le obbligazioni Cirio Del Monte erano state emesse da un società non soggetta al diritto italiano, avente sede in Lussemburgo, - l'emittente non era dunque ristretta, nell'emissione di prestiti obbligazionari, entro i limiti imposti dall' art. 2412 c.c.. nel testo allora vigente in quanto riservate ad un pubblico di investitori professionali, erano sollevate, ai sensi dell'art. 100 T.U.F., dall'osservanza delle stringenti disposizioni di cui agli artt. 94-99 T.U.F. e degli artt. 4-19 della delibera Consob 14.5.1999 n. 11971: la società emittente non aveva avanzato comunicazione alla Consob, non aveva sottoposto i propri bilanci al giudizio di una società di revisione, non aveva compilato il prospetto informativo nel rispetto degli schemi predisposti dalla Consob, né un'eventuale nota informativa. Non erano dunque conoscibili le

informazioni "necessarie affinché gli investitori possano pervenire a un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria e sull'evoluzione dell'attività dell'emittente nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti" che a tenore dell'art. 94 comma 2 T.U.F. costituiscono l'oggetto del prospetto destinato alla pubblicazione; - erano assistite solo da una Offering Circular adatta alla comprensione degli investitori professionali; - non erano, ovviamente quotate in borsa né in altri mercati regolamentati italiani, con conseguente sottrazione alle previsioni di cui agli artt. 113-116 delib. Consob 14.5.1999 n. 11971, ed erano scambiate solo nei c.d. mercati non regolamentati, ovvero nei sistemi di scambi organizzati dagli intermediari all'uopo abilitati, - non erano state sottoposte ad una delle agenzia di valutazione indipendente per l'apprezzamento del merito di credito (c.d. *rating*) della società emittente; - erano oggetto di limitazioni nella negoziazione, avendo il procuratore speciale dell'istituto di credito riferito di una circolare della Banca d'Italia che, verosimilmente inasprendo le limitazioni di cui all'art. 44 delib. Consob 1.7.1998 n. 11522 ne vietava l'inserimento nei portafogli titoli oggetto di gestione per conto dei clienti. Si trattava dunque di strumenti finanziari all'evidenza destinati, dopo il necessario passaggio mediato nel paniere titoli di un intermediario finanziario, non alla generalità dei risparmiatori del mercato secondario, ma a quelli tra costoro particolarmente avveduti, esperti e, in ogni caso, significativamente propensi al rischio.

Né è consentito alla banca trincerarsi, senza alcuna dimostrazione, dietro l'allegazione

dell'imprevedibilità del crack finanziario dell'emittente e dell'ignoranza delle caratteristiche del titolo, essendo questa tenuta, secondo quanto sopra rilevato, all'osservanza della regola del *know your merchandise rule*, e non avendo dimostrato, come era suo preciso onere, la diligenza profusa nell'acquisizione di cognizioni circa le caratteristiche del prodotto finanziario e, non ultimo, nella sua rappresentazione all'investitore.

E' appena il caso di osservare come l'obbligo di trasfondere informazione in favore di costui non può ritenersi assolto per effetto della pur indispensabile, ai fini della validità del negozio conscia del prospetto sui rischi generali di investimento predisposto dalla Consob.

La consegna di tale documento, nel caso di specie comprovata, dà corpo, secondo quanto condivisibilmente segnalato dalla dottrina, ad una delle tecniche adoperate dal legislatore per colmare il divario del bagaglio informativo delle parti, ed in alcun modo può essere valutata alla stregua di una presunzione di consapevolezza da parte del consumatore. Anche tralasciando il dato, invero non trascurabile, della non immediata e diffusa comprensibilità dei concetti espressi, non può invece non evidenziarsi la genericità del contenuto, tendente ad illustrare le caratteristiche delle diverse tipologie di strumenti finanziari ed i rischi a ciascuna astrattamente connessi ma non ritagliato sull'oggetto della singola negoziazione.

Il riferimento espresso a tale documento e l'ampiezza della formulazione utilizzata inducono, infine, a circoscrivere la portata della dichiarazione apposta in calce all'ordine di acquisto sottoscritto dal cliente che così recita: "Vi confermo che le operazioni sopra indicate sono

conformi ai miei obiettivi di investimento e che sono a conoscenza dei rischi ad esse connessi descritti nel Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari da voi ricevuto" ed a negarle il valore di esternazione di una consapevolezza sulla natura dell'operazione e sul rischio correlato alla cui creazione non contribuisce. L'accoglimento della assorbente domanda principale di nullità del contratto di trasferimento delle obbligazioni Del Monte 6.625% con scadenza 24 maggio 2006 (acquistati, secondo quanto indicato nell'ordine consegnato al cliente, da XXX per conto proprio, ovvero per sé e poi rivenduti a S.A.) solleva dalla necessità di esaminare gli ulteriori profili di invalidità della convenzione negoziale rappresentati dall'attore, potendosi unicamente soggiungere che difetta la prova degli artifici e raggiri usati dal promotore finanziario (ovvero le rassicurazioni sulla storica affidabilità aziendale della società emittente e sul certo recupero del capitale investito) il cui onere, in ossequio al canone generale di riparto dell'onere probatorio fissato dall'art. 2697 c.c., gravava sull'attore non vertendosi nell'ambito tracciato dall'art. 23, comma VI, D.Lgs 24.2.1998 n. 58. La declaratoria di nullità del contratto obbliga le parti alla ripetizione delle prestazioni rispettivamente ricevute sia con rimando all'attribuzione patrimoniale principale che a quelle accessorie.

Ne consegue, dunque, l'obbligo per XXX di rifondere la somma di € 10.446, 00 (tale in effetti fu l'importo sborsato dall'attore, il quale acquistò le obbligazioni nell'arco temporale di maturazione degli interessi annuali) detratto l'importo di € 579.69 che l'acquirente ha ammesso di aver

ricevuto nel maggio dell'anno in cui eseguì l'investimento quale prima ed unica cedola di maturazione degli interessi, nonché quello del risparmiatore alla restituzione dei titoli obbligazionari. Ne discende infine, l'obbligo per l'istituto di credito di restituire gli importi trattenuti a titolo di commissione per l'attività di custodia di questi specifici titoli. Riprendendo quanto sopra osservato circa la refluenza dell'inosservanza degli obblighi di diligenza gravanti sull'intermediario sui due piani intorno ai quali si articola la vicenda negoziale, occorre ribadire che la nullità della singola operazione in valori mobiliari è solo uno dei predicati della violazione degli obblighi di legge. A tale sanzione si accompagna, in ossequio alle previsioni dell'art 1453 c.c., l'obbligo per XXX di risarcire i danni derivati dal proprio inadempimento al contratto di mandato per la prestazione dei servizi di investimento. E' appena il caso di sottolineare, invero, che ai sensi dell'art. 30, comma II, D.Lgs 24.2.1998 n. 58, il soggetto abilitato alla prestazione di tali servizi è responsabile in solido verso i terzi insieme al promotore finanziario di cui si sia avvalso per l'offerta fuori sede dei prodotti finanziari.

Il danno, legato alla mancata redditività del denaro non correttamente investito, può dunque essere liquidato nella sua interezza, senza la limitazione imposta dalle regole di restituzione dell'indebito di cui all'art. 2033 c.c., ovvero senza necessità - derivante dall'incongruità, in termini astratti, dell'equiparazione tra mancanza di diligenza e mala fede e dalla mancata dimostrazione, nel concreto, della condizione di mala fede della banca al momento dell'acquisizione patrimoniale - di

liquidare i frutti e gli interessi dalla data della domanda giudiziaria. L'entità del danno effettivamente patito deve essere dimostrata dal creditore ed in difetto può essere liquidato equitativamente dal giudice.
Nella specie non occorrono presunzioni logiche per affermare che S.A. avrebbe fatto un uso proficuo della somma di €10.000.00, poiché egli si era appunto rivolto all'istituto di credito per investire il risultato del proprio precedente investimento finanziario. Ancora una volta senza necessità di ricorso a presunzioni, può affermarsi sulla scorta delle dichiarazioni da costui rese in risposta alle domande rivoltegli dall'intermediario finanziario per delinearne il profilo, che si sarebbe indirizzato verso impieghi prudenti finalizzati precipuamente alla conservazione del valore del capitale investito. Può dunque concludersi che ove non gli fosse stato proposto, con la negligenza sopra illustrata, l'acquisto di obbligazioni Del Monte avrebbe indirizzato le proprie scelte verso titoli dell'obbligazionariato statale. Poiché il rendimento dei buoni ordinari del tesoro si attesta, da quando il saggio legale è fissato anno per anno in misura variabile, su valori moderati a questo sostanzialmente assimilabili, XXXXXXXX va condannata al pagamento, sull'importo di € 9.866,31, degli interessi al saggio legale dal dì dell'esborso sino a quello dell'effettivo pagamento. In applicazione del principio di soccombenza, le spese di giudizio, liquidate in € 2.300,00, di cui € 170,00 per esborsi, € 900,00 per diritti di procuratore e € 1.230,00 per onorario di avvocato, oltre IVA e CPA come per legge e spese generali secondo tariffa su diritti e onorari vanno poste a carico del convenuto.

Di esse va disposta la distrazione in favore dei procuratori che si sono dichiarati antistatari.

P.Q.M.

In parziale accoglimento delle domande proposte da S.A., con atto di citazione notificato il 4/6/2004, dichiara la nullità del contratto di vendita in contropartita diretta di obbligazioni Del Monte al 6,625% con scadenza il 24/5/2006 per il controvalore di € 10.000, da questi sottoscritto in data 22/1/2002; condanna XXX alla restituzione in favore dell'attore della somma di € 9.866,31, maggiorata degli interessi al saggio legale dal 22.1.2002 sin al dì dell'effettivo pagamento ed alla rifusione delle somme trattenute a titolo di custodia delle obbligazioni indicate;

obbliga A.S. alla restituzione dei titoli; condanna altresì l'istituto di credito convenuto alla rifusione in favore dell'attore delle spese del giudizio, liquidate in € 2.300,00 e specificate in parte motiva, oltre i.v.a. e c.p.a. come per legge e spese generali secondo tariffa su diritti ed onorari, disponendo la distrazione in favore dei procuratori antistatari.

Così deciso in Palermo 17 gennaio 2005

*****

II. Tribunale di Catania, sentenza 22 novembre 2005, Scanduta O. (Avv. D'Agostino) c. Credito Siciliano (Avv.ti Schlesinger, Anelli, Testa). Pres. Macrì, Rel. Paternò Raddusa

L'azione esperibile nei confronti di una banca che, ricevuto un mandato avente ad oggetto la prestazione di servizi, abbia data esecuzione al mandato senza ottemperare agli specifici obblighi di comportamento imposti all'intermediario, non è

quella di nullità del contratto, bensì quella di risoluzione per inadempimento e/o di risarcimento dei danni (nella specie si contestava alla banca di avere proceduto all'acquisto di titoli Parmalat per conto del cliente, senza avere assunto preventivamnete le informazioni relative alla caratteristiche, alle conoscenze, alla propensione al rischio dell'investitore, nonché alle caratteristiche dei titoli medesimi, e senza avere valutato l'adeguatezza del prodotto scelto in relazione alla tipologia dell'investitore.

Alla banca che, nell'ambito di un contratto di negoziazione di strumenti finanziari, abbia eseguito l'ordine di acquistare titoli obbligazionari (nella fattispecie Parmalat) non è contestabile la violazione degli obblighi imposti dalla normativa sulla prestazione di servizi di investimento, qualora, avendo il cliente omesso di fornire le informazioni utili all'individuazione del profilo di investitore, i titoli acquistati presentino un rating adeguato anche all'investitore dal più basso profilo di propensione al rischio ovvero ai dati riferibili al cliente di cui la banca sia comunque in possesso, né grava sull'intermediario l'obbligo di monitorare l'andamento dei titoli e la situazione finanziaria dell'emittente nel periodo successivo all'acquisto onde suggerire al cliente il disinvestimento dei medesimi.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI CATANIA

(Omissis)
SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con citazione notificata il 2 marzo 2005 S. O. conveniva in giudizio Credito Siciliano spa all'uopo esponendo, in fatto, che:

- nel novembre del 2001, con l'intermediazione della banca convenuta, aveva acquistato titoli obbligazionari emessi dalla Parmalat spa a ciò spinto dalla prospettiva, evidenziata dall'intermediario, di conseguire guadagni medio alti senza una rilevante in ordine alle probabilità di rimborso quantomeno del capitale investito;
- in occasione dell'acquisto aveva manifestato all'intermediario la sua assenza di propensione al rischio perché assolutamente estraneo al settore dei prodotti finanziari;
- nell'ottobre del 2003 prima e nel dicembre immediatamente successivo, aveva sentito dire, in televisione, della perdita di valore delle obbligazioni acquistate, ricevendo dall'intermediario, sollecitato al fine della eventuale dismissione, rassicurazioni sulla stabilità del titolo che, a dire della banca, malgrado le difficoltà della società emittente, sarebbe stato comunque liquidato al valore originario sì da garantire il rimborso dell'investimento;
- il 30 dicembre del 2003 si era aperta la procedura di amministrazione straordinaria della Parmalat spa e che esso attore aveva fatto domanda di ammissione al passivo per ottenere la restituzione del quantum investito nelle obbligazioni in oggetto.

Ciò premesso in fatto, evidenziava, in diritto, che la convenuta, sia al momento della offerta che in quello successivo di verifica dell'andamento della situazione finanziaria della emittente, aveva violato:

a) le regole di condotta imposte dal TUF e dal regolamento Consob n. 11522/98 quanto alla attività di intermediazione nell'acquisto di strumenti finanziari omettendo, per un verso, di assumere le informazioni relative alle caratteristiche, alle conoscenze, alla propensione al rischio dell'investitore e alle connotazioni dello strumento oggetto dell'interesse del proponente e, per altro verso, di valutare la adeguatezza del prodotto scelto alla tipologia dell'investitore secondo il profilo tracciato in base alle informazioni assunte in punto alle caratteristiche soggettive del cliente; b) la regola generale imposta dagli artt. 1337 e 1375 c.c. in ordine al rispetto del principio di buona fede nelle trattative e nella esecuzione del contratto, avendo in particolare omesso di evidenziare all'investitore le mutate condizioni finanziarie dell'emittente finendo per sconsigliare, malgrado i dubbi evidenziati dal cliente, la dismissione dell'investimento.

Ciò posto, concludeva chiedendo accertarsi l'inadempimento della convenuta agli obblighi imposti *ex lege* e dal contratto e condannarsi la convenuta al risarcimento del danno da quantificare in misura pari all'investimento effettuato o in subordine nella misura ritenuta equa dal Tribunale adito.

Con comparsa notificata nel rispetto del termine concessole dall'attore la convenuta contestava in fatto e diritto la prospettazione dello S. segnalando all'uopo, tra l'altro, che: in occasione della stipula del contratto di negoziazione, ricezione e/o trasmissione ordini su strumenti finanziari l'attore, dopo aver ricevuto e sottoscritto il documento sui rischi generali degli investimenti sugli strumenti finanziari, aveva tuttavia dichiarato, sempre per

iscritto, di non voler fornire informazioni utili alla individuazione del relativo profilo di investitore; diversamente da quanto affermato, lo S. non poteva ritenersi del tutto estraneo al mercato finanziario avendo provveduto, negli anni interessati dalla odierna vicenda processuale, ad acquistare - sempre per il tramite del medesimo intermediario - altri strumenti finanziari, alcuni dei quali aventi carattere meramente speculativo; in ogni caso, il *rating* che caratterizzava il prodotto in esame all'epoca dell'acquisto rendeva comunque adeguata l'operazione anche per un investitore dal basso profilo di rischio; peraltro, solo negli ultimi giorni del 2003 era emersa, con una certa chiarezza, la effettiva consistenza della situazione economico finanziaria della emittente; doveva, infine, ritenersi erronea anche la richiesta di risarcimento, inesatta nel quantum perché non teneva conto delle prospettive di rimborso comunque ricavabili dalla dismissione del titolo o dalla partecipazione al passivo della procedura concorsuale della emittente.

Concludeva, quindi, per la reiezione della domanda.

In esito alla notifica della comparsa di costituzione e risposta la convenuta provvedeva poi alla tempestiva notifica e quindi al deposito della istanza di fissazione udienza in esito alla quale il Giudice relatore all'uopo designato fissava con decreto l'udienza Collegiale di discussione.

Depositate, infine, le rispettive comparse conclusionali la causa, in esito alla discussione orale innanzi al Collegio, veniva così decisa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda di parte attrice non può essere accolta perché infondata nel merito.

Il *petitum* di parte attrice, le regole di condotta asseritamente violate e il rimedio previsto dall'ordinamento all'interno del quadro negoziale cui riferire i rapporti tra investitore e intermediario nella negoziazione degli strumenti finanziari.
Parte attrice ha concluso chiedendo l'accertarsi l'inadempimento contrattuale ascrivibile alla convenuta e la condanna di quest'ultima al risarcimento dei danni eziologicamente legati al lamentato inadempimento. Ha, quindi, palesemente optato - nell'ambito delle scelte interpretative legate alle possibili reazioni che l'ordinamento prevede, in materia di negoziazione di strumenti finanziari, in ipotesi di violazione delle regole di condotta sancite *ex lege* e trasfuse nei rispettivi contratti – per la tesi dell'inadempimento contrattuale e non per quella, per vero forse più adottata dalla giurisprudenza di merito ad oggi nota, che lega a siffatte violazioni la radicale sanzione della nullità del contratto (più precisamente degli ordini di acquisto posti in esecuzione del generale impegno di negoziazione assunto a monte: cfr, nel segno della nullità, Trib. Mantova 18/3/04 in Società, 2004, 1139; ancora sempre Trib. Mantova 12/11/04, Trib. Firenze 30 Maggio 2004, Trib. Milano 7 ottobre 2004, Trib Venezia 22/11/04, tutte in in Giur. It. 2005, 754). Ed è di tutta evidenza che nella specie, in forza di siffatto, radicalmente circostanziato, petitum – tale da non consentire spazio alcuno ad una diversa qualificazione giuridica della domanda – occorre preventivamente definire la questione legata al tipo di rimedio che meglio si attaglia alle violazioni lamentate in citazione giacchè, ove si pervenisse al risultato interpretativo della nullità aderendo così alla giurisprudenza prevalente, altro non

resterebbe che la reiezione della domanda che occupa per l'inesattezza del rimedio giudiziale invocato, tale da rendere superfluo lo stesso accertamento della fondatezza dei rilievi comportamentali ascritti all'intermediario, diversamente concretanti il fulcro della controversia in esame.

La valutazione interpretativa che occupa non può di certo prescindere dalla preventiva qualificazione del quadro negoziale di riferimento cui ancorare i rapporti tra gli odierni contraddittori; quadro, questo, che sembra indispensabile nell'ottica di una esauriente comprensione in primis della disciplina sottesa a siffatta situazione contrattuale e quindi del contenuto e soprattutto della natura delle regole di condotta che nella specie si assumono violate.

In punto di fatto, va segnalato come con scrittura privata (allegata sub 1 del fascicolo della convenuta) del marzo del 2001, l'attore ebbe a conferire al Credito Siciliano spa l'incarico a tempo indeterminato, di negoziare, ricevere o trasmettere ordini su strumenti finanziari secondo le modalità ivi espressamente regolate; in ottemperanza all'impegno a monte assunto con il contratto sopra citato e allo specifico ordine impartitole dall'investitore il 14 novembre successivo, la banca convenuta ha poi provveduto ad acquistare obbligazioni Parmalat per un valore nominale di euro 40.000,00.

Questo il quadro fattuale di riferimento, va poi osservato che la fattispecie in esame trova diretta regolamentazione oltre che nel programma negoziale sopra riferito anche e soprattutto nella disciplina di settore (pedissequamente trasfusa nel primo), raccolta sia nel T.U.F. 58/98 (artt 21 e 23

per quel che qui più direttamente interessa) che nel successivo regolamento attuativo della Consob n.11522/98 (artt. da 26 a 30) che, com'è noto, costituiscono le fonti normative, primaria e secondaria, in seno alle quali risultano cristallizzati i doveri degli intermediari finanziari nello svolgimento dei servizi di investimento (tra i quali va annoverato quello che qui rileva di negoziazione di strumenti finanziari giusta l'art 1, comma V, lettere a e b del T.U.F.).

Più in particolare, l'art 21 del TUF prevede – tra gli altri criteri generali – che, nella prestazione dei servizi di investimento e accessori, i soggetti abilitati devono "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati (lettera a), acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati (lettera b)". In attuazione del precetto generale dettato nel Tuf, l'art 26 del regolamento 11522 sancisce poi a carico degli intermediari, sempre nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare, "l'obbligo di acquisire una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire (lettera e)"; ai sensi del successivo art 28 è altresì previsto che "prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi

obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio" mentre "l'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo art. 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore"; ancora, giusta il comma II del citato art. 28, "gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento"; infine, ai sensi dell'art. 29 stesso regolamento, è espressamente imposto che " gli intermediari autorizzati debbono astenersi "dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione" dovendo, in tali casi, informare l'investitore della inadeguatezza dell'operazione e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione e provvedere alla stessa solo in esito ad "un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute".

Il quadro normativo sopra riferito, pedissequamente richiamato in più punti dal programma negoziale specificatamente adottato nella specie dalle parti in occasione del contratto del marzo del 2001, porta il Collegio a ritenere che lo schema relativo alla negoziazione di strumenti finanziari, pur se non esaustivamente riconducibile alle figure codicistiche del mandato o della commissione, trova tuttavia in questi tipi

contrattuali forti momenti di analogia che divengono punti di assoluta identità con specifico riguardo agli ordini impartiti all'investitore e portati ad esecuzione dall'intermediario in forza dell'incarico conferito a monte. Più precisamente, ma per forza di cose succintamente, ritiene il Collegio:

a) che i particolari doveri imposti normativamente agli intermediari, icasticamente riassunti nella sinergia tra gli obblighi di informarsi (sulla situazione finanziaria del cliente, sulla propensione al rischio dello stesso, sulla conoscenza che questi ha del mercato finanziario e sulle connotazioni del prodotto oggetto dell'investimento), informare (il cliente della tipologia del prodotto finanziario oggetto di interesse) e di non effettuare operazioni non adeguate (alle informazioni attive e passive sopra riferite), trovano una immediata giustificazione nella esigenza di ridurre la asimmetria informativa che contraddistingue le relazioni tra intermediario e investitore e si sostanziano, conseguentemente, in regole di condotta sicuramente più stringenti rispetto a quelle dettate nel codice civile in punto ai doveri di correttezza, lealtà e diligenza chiesti al mandatario;

b) che tuttavia, pur se gli obblighi gravanti sull'intermediario non consentono di ricondurre lo schema del contratto relativo alla negoziazione di strumenti finanziari pacificamente e pedissequamente alla figura del mandato, non v'è ragione, per contro, per distinguere tra l'ordine impartito dall'investitore all'intermediario e le istruzioni dettate dal mandante al mandatario nella esecuzione del mandato, trattandosi in entrambi i casi di dichiarazioni non negoziali di volontà (cd

determinative) cui fa seguito una mera attività esecutiva (l'acquisto o il disinvestimento) che non si concreta in un ulteriore accordo tra le parti (proprio perché l'intermediario esegue e non accetta di eseguire l'ordine);

c) che quanto affermato sub b) trova conferma nel disposto dell'art. 29 del regolamento 11522 (riportato, nel contratto che occupa, al punto 8 del comma I) che, in presenza di operazioni non adeguate, in prima battuta legittima l'intermediario ad astenersi dall'esecuzione ma poi impone allo stesso di dare comunque corso all'ordine in caso di insistenza in tal senso manifestata dal cliente all'uopo debitamente informato.

Ne viene che, alla luce di quanto sopra, il contratto stipulato *inter partes*, pur se non riconducibile, pedissequamente, all'alveo della disciplina dettata in tema di mandato, da questa tuttavia deriva la sua struttura di base (concretandosi in un contratto di durata con il quale l'investitore conferisce all'intermediario l'incarico avente ad oggetto, per l'appunto, l'attività di negoziazione e raccolta ordini su strumenti finanziari) dalla quale devia in termini di evidente rilevanza in punto alla regolamentazione degli obblighi di diligenza imposti al mandatario (in considerazione della specialità dell'oggetto dell'incarico e dei soggetti che lo eseguono) ma non con riferimento al momento della esecuzione dell'incarico.

Ciò precisato, osserva il Tribunale che alla violazione delle prescrizioni contenute negli artt. 21 T.U.F. e 28 e 29 Reg. 11522/98 parte della giurisprudenza (sopra richiamata) fa seguire la nullità dell' ordine di acquisto dei titoli per la natura imperativa dei precetti violati.

Più precisamente, si sostiene che le norme in questione sono poste a presidio di interessi che superano la sfera soggettiva del contraente immediatamente interessato, perchè dirette a tutelare l'ordine pubblico economico costituzionalmente garantito; e si richiama a conforto l'arresto reso dalla Corte regolatrice (sent. n. 3272/2001) in forza al quale " in presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di una espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418, comma 1, c.c., che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità. Pertanto - poiché il carattere inderogabile delle disposizioni della l. 2 gennaio 1991 n. 1, che prevedono la necessità dell'iscrizione all'albo delle società di intermediazione mobiliare, previo accertamento da parte della CONSOB della sussistenza di una serie di requisiti, deriva dalla natura, pubblica e generale, degli interessi con esse garantiti, che concernono la tutela dei risparmiatori *"uti singuli"* e quella del risparmio pubblico come elemento di valore della economia nazionale - è affetto da nullità assoluta il contratto di "*swap*" (da annoverare tra le attività di intermediazione mobiliare disciplinate dalla suddetta legge) stipulato, in contrasto con la stessa, da un intermediario abusivo, atteso l'interesse dell'ordinamento a rimuovere detto contratto per le turbative che la conservazione di esso è destinata a creare nel sistema finanziario generale". L'assunto non convince.

E' incontrovertibile che le ragioni poste a fondamento dell'intervento normativo cristallizzato nel T.U.F. e nel regolamento Consob più volte citato superano la sfera soggettiva del singolo contraente debole, il risparmiatore non professionale privo delle necessarie conoscenze utili ad un consapevole approccio con il mercato finanziario, così che il rafforzamento degli obblighi di condotta imposti in nome delle regole di correttezza, lealtà e diligenza ordinariamente dettate dal diritto comune con riferimento alla fase di esecuzione del contratto appare diretto non solo a realizzare una riduzione del *gap* informativo che connota i rapporti tra investitore e intermediario ma anche (per il tramite della prima) a garantire la realizzazione di un interesse della collettività quale quello della "integrità dei mercati" espressamente richiamato dall'art. 21 del T.U.F.. Nè, ancora, si vuole mettere in discussione la natura imperativa (peraltro confermata dall'art. 190 del T.U.F.) dei precetti in esame che, come più volte affermato in dottrina e giurisprudenza, costituiscono canoni comportamentali immediatamente conformanti il regolamento negoziale a prescindere da una esplicita sussunzione delle dette regole nelle specifiche ipotesi di contratto all'uopo stipulate.

Ciò che non convince, piuttosto, è il tipo di rimedio suggerito per la violazione delle regole di condotta sancite da queste norme.

Non può non evidenziarsi in primo luogo come non sempre la violazione di una norma imperativa porti con se la nullità del contratto. Lo precisa l'art. 1418, comma I, che, nel prevedere le ipotesi di nullità virtuali da contrapporre a quelle testuali di cui al II comma, fa espressamente salvi i casi in cui

è la stessa legge a prevedere un diverso rimedio a fronte della violazione del precetto imperativo.
Va poi sottolineato come nella specie trattasi di violazioni legate a norme di condotta, *id est* a comportamenti imposti *ex lege* ai singoli contraenti e divenuti parte integrante dei relativi contatti a prescindere da specifici richiami giusta l'art 1374 c.c.; e la violazione di obblighi comportamentali in genere è destinata a provocare vizi non genetici – incidenti cioè sulla conclusione del contratto – bensì funzionali, inerenti quindi ad un contratto già perfezionato e strumentali a rimedi diversi dalla nullità quale la risoluzione del contratto e/o il risarcimento da inadempimento.
Non ignora peraltro il Collegio che negli anni, a livello legislativo e con ricadute non irrilevanti sul piano interpretativo, si è via via ridotta la linea di demarcazione tra regole di validità e regole di comportamento, quest'ultime in diverse occasioni considerate non più in prospettiva dello scioglimento dal rapporto e del risarcimento del danno bensì quali vizi direttamente incidenti sul momento genetico dell'accordo (proprio con riferimento al T.U.F., vedi l'art 122 comma III). Siffatta tendenza va, tuttavia, radicalmente esclusa la dove il legislatore, espressamente, abbia preso posizione per mantenere la violazione di regole comportamentali nell'ambito tradizionale dei vizi funzionali concretanti inadempimento agli obblighi contrattuali. E nella specie, il mantenimento dell'ordinario sillogismo tra regole di comportamento e giudizi di responsabilità trova una inequivoca conferma nel disposto di cui all' art. 23, comma VI, del T.U.F. la dove, nel regolare l'onere della prova inerente il rispetto del grado di diligenza richiesto all'intermediario, viene

espressamente precisato che la regola è destinata ad operare " nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento", così chiarendo che la violazione delle regole di condotta imposte all'intermediario è destinata ad incidere funzionalmente sul contratto ai fini della risoluzione e del risarcimento danni e non sulla conclusione dell'accordo.

Non sembra poi conducente il richiamo al precedente della Corte regolatrice sopra riportato. L'ipotesi affrontata e risolta dalla Corte, peraltro nella vigenza della legge 1/91, da ultimo superata dal T.U.F., involgeva la stipula di un contratto di negoziazione per il tramite di un intermediario abusivo; ed è di tutta evidenza che in siffatta ipotesi, la violazione di legge incideva direttamente sulla capacità del soggetto a stipulare inerendo quindi alla fase genetica del rapporto, al contratto come atto e non come rapporto. Più in particolare, così come recentemente affermato da altro Tribunale (Roma, sentenza del 25/5/05, ad oggi inedita, che si riporta pedissequamente per la relativa chiarezza) la pronuncia in questione riguardava un caso di "difformità tra fattispecie e schema normativo, cioè di contrasto – accertato all'esito di un confronto per così dire statico – tra modello negoziale configurato dalla legge in astratto (con riguardo ad esempio ai requisiti soggettivi che devono essere posseduti da uno dei contraenti) e fattispecie realizzata dalle parti in concreto" mentre, nel caso in esame, le disposizioni violate "prescrivono obblighi comportamentali di cui si deve accertare in concreto l'esatto adempimento da parte della banca, alla luce dei parametri di diligenza stabiliti dalla legge

nell'ambito di un giudizio di responsabilità da inadempimento".

Del resto ed infine, sul punto, militano in favore della tesi contraria alla nullità e favorevole all'inadempimento le ulteriori seguenti considerazioni.

In primis, va ricordato che la dove il legislatore, nel T.U.F., ha voluto correlare a specifiche violazioni la sanzione della nullità lo ha fatto espressamente (cfr l'art. 23, commi I e II, in tema di forma scritta del contratto di investimento e di richiamo agli usi); e lo ha fatto introducendo una nullità relativa, rilevabile cioè solo da parte dell'interessato, mentre pare al Collegio che in assenza di una apposita previsione esplicita da parte del legislatore, l'eventuale nullità virtuale qui ricavabile in via ermeneutica non potrebbe che essere assoluta.

Se fosse così, tuttavia, resterebbe da chiedersi come possa ritenersi logico un sistema che, per le ipotesi ben più pregnanti e di certo incidenti sulla formazione dell'accordo, quali quelle legate alla trasparenza delle operazioni di intermediazione sottese al vincolo di forma, prevede, in modo esplicito, una nullità per così dire attenuata mentre colpisce, per contro, violazioni inerenti obblighi di condotta con la nullità, non espressamente sancita, assoluta del contratto.

Seguendo la tesi interpretativa qui criticata, resta poi poco comprensibile il disposto di cui all'art 28 comma I lettera a Regolamento Consob in forza al quale se per un verso, prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono (in quell'ottica) a pena di nullità (per la natura

collettiva e non individuale dell'interesse tutelato), chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio, per altro verso consente all'intermediario di non procedere alla acquisizione di siffatti dati, sempre che il cliente si sia rifiutato di fornire le notizie richieste e tale rifiuto risulti dal contratto di cui al successivo art. 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore.

Lascia perplessi, infatti, l'attribuzione ad una parte, l'investitore, non titolare esclusivo dell'interesse tutelato, della possibilità di consentire omissioni relative a regole comportamentali poste a tutela di interessi superiori, e quindi estranee al suo potere di disposizione; per contro, la norma riacquisisce razionalità intrinseca ove ci si sposti dal piano della validità a quello della responsabilità, ferma, peraltro, la considerazione, sulla quale si dirà da qui a poco, che in tali ipotesi, sempre in nome degli interessi sovra individuali che connotano tali rapporti negoziali, l'intermediario sarà comunque tenuto, per un adempimento immune da censure, a valutare l'adeguatezza della operazione proposta considerando il profilo di investitore avente la propensione al rischio più bassa.

Infine, la scelta interpretativa della nullità, pur se spinta dalla non emendabile intenzione di garantire - tramite la sanzione più radicale – la piena realizzazione degli interessi interessi in gioco, involgenti il singolo contraente ed il regolare e corretto funzionamento dei mercati, potrebbe tuttavia portare nella pratica ad effetti distorsivi del

tutto contrastanti con le finalità che la hanno motivata.

Va ricordato, infatti, che la declaratoria di nullità prescinde da una valutazione della incidenza della condotta asserita siccome illegale sull'assetto di interessi, immediato o indiretto, che appare sotteso alla singola negoziazione. Allontanandosi, cioè, dalla responsabilità per l'inadempimento, si finisce per considerare motivi di nullità omissioni o comportamenti non in linea con le regole di condotta normativamente imposte, destinati tuttavia, a non incidere nè sull'interesse dell'investitore a stipulare nè, in via mediata, sulla stessa "integrità del mercato", tanto da favorire possibili speculazioni da parte del cliente che, innanzi ad una debacle dello strumento prescelto in alcun modo non addebitabile all'intermediario, intenda approfittare del rimedio per privare di effetti una scelta, a monte, incauta. Con la particolarità, non del tutto irrilevante, che nella specie manca una specifica tipizzazione delle ipotesi di nullità, trattandosi di regole di condotta che non consentono una preventiva analitica tipizzazione normativa diversamente da quanto la forza dirimente del rimedio suggerito sembra invece imporre.

Ritiene quindi il Tribunale (peraltro con il conforto, quantomeno in punto alla soluzione adottata, di non pochi precedenti conformi nel variegato panorama recentemente espresso dalla giurisprudenza di merito nella materia de qua: vedi Trib. Taranto, 27 Ottobre 2004, in Giur It. 2005,, 754; la citata Trib. Roma 25/5/05; Trib Monza, sez Desio, 27/7/04 in Resp Civ e Prev 2005, 135; Trib. Genova 15 Marzo 2005, ad oggi inedita) che alla luce di quanto sopra, a fronte di una asserita

violazione degli obblighi di condotta, imposti *ex lege* e trasfusi in contratto gravanti, nei contratti di investimento, sull'intermediario, al cliente spetta il rimedio della risoluzione da inadempimento e/o del risarcimento del danno.

L'inadempimento, in particolare, attiene alla avvenuta esecuzione dell'ordine impartito dall'investitore senza ottemperare ai canoni comportamentali che trovano fonte immediata nel contratto di investimento e mediata nelle disposizioni di legge e regolamentari che disciplinano la materia *de qua*. Con l'ulteriore precisazione, per completezza di disamina, che, in ipotesi di iniziativa volta alla risoluzione:

- ad essere aggredito è il contratto base di investimento e non l'ordine, che costituisce solo un momento esecutivo e non un accordo;
- la gravità dell'inadempimento andrà vagliata tendendo conto della natura degli interessi tutelati, non esclusivamente riconducibili alla sfera soggettiva del contraente investitore;
- comunque, vertendosi in ipotesi di contratto di durata, opera il disposto di cui all'art 1458 cc e viene quindi travolto il contratto (di investimento) limitatamente al solo ordine negoziato in difformità agli obblighi di condotta, senza che la risoluzione si estenda agli altri ordini e acquisti posti in essere in forza del contratto base e che la stessa possa comunque incidere sul contratto di acquisto realizzato dall'intermediario con il terzo sul mercato.

Dell'insussistenza dell'inadempimento ascritto dalla attrice alla banca convenuta.

Considerato, quindi, il *petitum* di parte attrice, può ora procedersi alla disamina, nel merito, delle ragioni di doglianza che hanno giustificato l'odierna

azione risarcitoria per l'inadempimento ascritto alla convenuta.
Quanto lamentato dalla ricorrente non ha trovato riscontro.
Guardando alle doglianze articolate in citazione (pag 5 ultimo cpv e 6), è agevole evidenziare che l'attore nella specie ha lamentato l'inosservanza delle "regole generali di comportamento nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare", non avendo la convenuta acquisito "una conoscenza degli strumenti finanziari adeguata al tipo di prestazioni da fornire; conoscenza, questa che è mancata al momento dell'offerta del prodotto finanziario e nei successivi ulteriori momenti di verifica relativi all'andamento della situazione finanziaria della società emittente e ciò nonostante fossero intervenute, in modo reiterato e pressante, richieste di informazioni e chiarimenti da parte dello S..
Quanto alla espressamente contestata inadeguatezza della operazione in questione è facile osservare che:

- pur avendo nella specie lo S. volontariamente omesso di fornire le informazioni utili alla individuazione del profilo di investitore che gli apparteneva all'epoca della stipula del contratto di negoziazione, così come consentito dall'art. 28 del più volte citato regolamento Consob, siffatta circostanza non precludeva comunque alla banca (che mostra, peraltro, nelle sue difese di esserne consapevole) in forza di siffatta omissione di prescindere dalla valutazione della adeguatezza dell'operazione commissionata (cd. *suitability rule*, che rappresenta il fulcro del diligente adempimento chiesto all'intermediario);

- in tali casi la valutazione della adeguatezza va effettuata all'uopo considerando tutti i dati comunque riferibili al cliente del quale l'intermediario è comunque in possesso, se del caso anche guardando a pregresse esperienze maturate dal cliente nel campo del mercato finanziario (cfr la comunicazione Consob n. 30396 del 21 aprile 2000);
- nella specie, anche a voler non considerare i dati da ultimo richiamati (riferibili a pregresse esperienze dello S. poste in essere sempre con l'intermediazione della convenuta), dedotti dalla banca in comparsa di costituzione e fortemente contestati dalla difesa dell'attore in conclusionale, è agevole osservare, grazie agli elementi tecnici forniti dalla banca in ottemperanza all'onere impostole dal comma VI dell'art 23 del Tuf, non contraddetti, questi, in alcun modo dalla controparte, che all'epoca dell'acquisto dei titoli in esame gli stessi presentavano un *rating* (bbb-) comunque adeguato anche all'investitore dal più basso profilo di propensione al rischio.

Esclusa, quindi, l'inadeguatezza della operazione al momento dell'acquisto, deve poi ancor più radicalmente negarsi che in forza del contratto di negoziazione stipulato *inter partes* gravasse sull'intermediario l'obbligo specifico di attivarsi per favorire il disinvestimento del titolo in ipotesi di verosimile default dello stesso.

Più precisamente, ritiene il Tribunale che l'attività di consulenza finanziaria che si accompagna implicitamente al contratto di negoziazione e che appare implicitamente sottesa ai tre momenti dell'obbligo di informarsi, informare e valutare l'adeguatezza dell'ordine impartito, trova un limite invalicabile, per l'appunto, nella negoziazione

finalizzata all'acquisto o al disinvestimento, dovendosi escludere, per il resto, che gravi sull'intermediario in tali casi un obbligo specifico di monitorare l'andamento del titolo (e quindi della situazione finanziaria dell'emittente) al fine di suggerire all'investitore di intervenire sul mercato per ridurre eventuali conseguenze negative collegabili a probabili default. E nella specie è pacifico, seguendo lo stesso assunto di parte attrice, che non venne conferito alcun ordine di disinvestimento nelle forme convenzionali imposte dal contratto base (art. 1, n. 3); circostanza, questa che avrebbe, per contro, attivato gli oneri comportamentali imposti all'intermediario si da poter concretare l'inadempimento lamentato in caso di ingiustificata omissione *tout court* o di suggerita inadeguatezza della operazione di disinvestimento.

Né, ancora, la sussistenza di un siffatto specifico obbligo può ritenersi desumibile dal regolamento negoziale inerente il collegato e accessorio rapporto di deposito titoli e custodia nella specie stipulato contestualmente al contratto base di negoziazione. Non si è, in tal caso, infatti, in presenza di un servizio di gestione su base discrezionale della Banca ma, al contrario, come si vedrà, di un servizio di negoziazione, raccolta e trasmissione di ordini collegato ad un contratto di amministrazione c.d. statica, avente ad oggetto la mera custodia degli strumenti finanziari dei clienti. E nell'ambito di tale ultimo rapporto, la banca è abilitata a porre in essere esclusivamente le operazioni specificamente disposte dal cliente in forza e con le forme imposte dal contratto di negoziazione, risultandole preclusa la possibilità di attivarsi

autonomamente nella gestione degli strumenti finanziari custoditi.

Un discorso a parte merita, poi, il riferimento che la difesa dell'attore fa al rispetto del principio di buona fede nella esecuzione del contratto quale generale criterio di condotta che informa ogni tipo negoziale prescindendo dagli obblighi peculiari che connotano il contratto oggetto della odierna disamina; e dal quale, per quel che pare di comprendere, nell'alveo degli obblighi di informazione finalizzati a preservare l'interesse dell'altro contraente, si desume l'inadempimento ascritto alla convenuta che, conosciute le difficoltà finanziarie dell'emittente, innanzi ai dubbi manifestati dall'investitore sulla tenuta del titolo, avrebbe dovuto favorire il disinvestimento.

Non occorre prendere posizione sulla correttezza di un siffatto assunto, perché lo stesso appare viziato in radice quanto alla insussistenza della situazione di fatto che viene indicata a presupposto dello stesso. Non v'è in giudizio, cioè, alcun elemento dal quale inferire che la convenuta fosse a conoscenza della sopravvenuta situazione di difficoltà della emittente né della conoscibilità della stessa tramite l'utilizzo degli strumenti e delle cognizioni tecniche che indubbiamente appartengono all'intermediario quale operatore qualificato nel settore. Piuttosto, sulla base dei dati forniti dalla convenuta (cfr doc da 17 a 21 del relativo fascicolo di parte), in alcun modo contestati dall'attore, può affermarsi che solo nelle ultime settimane del 2003 e nei primi giorni del 2004 – e quindi dopo la richiesta di informazioni sollecitata dall'attore, risalente all'ottobre del 2003 – ha acquisito notorietà la situazione finanziaria della emittente (vedi, in particolare il bollettino economico della

Banca D'Italia, allegato sub 22 del fascicolo di parte convenuta, dalla pag. 6, dal penultimo capoverso in poi).

Va quindi esclusa, già in punto di fatto, fondatezza all'assunto di parte attrice anche in parte qua.

La domanda di S. O. non può quindi essere accolta.

Sussistono giustificati motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Rigetta la domanda e compensa tra le parti le spese del giudizio. Così deciso in Catania il 21/10/2005

*****

III. Tribunale di Palermo, sentenza 24 novembre 2005. X c. Y, Pres. Monteleone, Est. Galazzi

L'onere di provare di aver agito con la diligenza richiesta dall'operazione conclusa grava sul soggetto abilitato, a norma dell'art. 23 comma VI TUF. (norma che può ritenersi specificazione, in questo particolare settore, di quella desumibile dall'art. 1218 c.c.), convenuto in giudizio dal cliente per i danni a questi cagionati. In questo caso, l'intermediario non deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile per adempiere l'obbligazione ma deve dar prova di aver agito con la specifica diligenza, da valutarsi con riguardo all'attività professionale esercitata (art. 1176 II comma c.c.). In caso di pretesa ulteriore di risarcimento del danno, sull'investitore permane l'onere di provare che il danno è la conseguenza della allegata violazione dei doveri.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 4.6.2004 Xxx Xxx conveniva in giudizio avanti questo Tribunale xxx S.p.A. per sentir dichiarare nullo e/o annullabile e/o inefficace l'acquisto di obbligazioni Parmalat Finance Corporation BV codice XS 014232613 effettuato in data 12/2/2002 presso la suddetta Banca per il corrispettivo importo di € 35.000,00, ovvero per ottenere la condanna dell'istituto di credito al risarcimento del danno subito per mancata ottemperanza dei doveri sul medesimo incombenti quale intermediario finanziario.

A sostegno della domanda l'attrice imputava alla Banca una serie di inadempimenti agli obblighi statuiti dal T.U.F. e dai Regolamenti attuativi.

Più precisamente, esponeva di avere acquistato le suddette obbligazioni su consiglio di un dipendente dell'istituto di credito, xxx, il quale le aveva prospettato la possibilità di effettuare un buon investimento in un "titolo italiano", facendosi garante della sicurezza e del buon rendimento dell'investimento medesimo, avendole fatto intendere che dette obbligazioni fossero da considerare assimilabili, quanto ad assenza di rischio, ai B.O.T. italiani e che, comunque, era garantito il recupero, alla scadenza, quantomeno del capitale investito.

Sottolineava l'attrice che era ben nota all'istituto di credito convenuto, al momento della conclusione del citato contratto di acquisto, la scarsa propensione al rischio sia sua sia degli altri cointestatari del dossier titoli aperto presso l'istituto di credito - sul quale i cointestatari potevano agire anche disgiuntamente-, peraltro

dimostrata dai loro precedenti investimenti, sempre relativi a titoli di stato (CCT con scadenza a tre mesi e tasso di interessi del 2,850%) e lamentava che, al momento della sottoscrizione del contratto di acquisto, nessuna informazione circa il titolo le era stata data: in particolare, non era stata informata dalla banca che la società emittente l'obbligazione non era la società italiana Parmalat, bensì una società finanziaria olandese - Parmalat Finance Corporation BV -; che detta società, a fronte di un capitale sociale pari a € 1.242.000,00, aveva emesso obbligazioni per un valore complessivo di € 3.700.000.000,00 ed infine che i titoli proposti ed acquistati erano privi di *rating*. Proseguiva, poi, riferendo di essere stata sconsigliata dagli stessi impiegati dell'istituto di credito, soltanto due mesi prima della dichiarazione di insolvenza del gruppo Parmalat, dal riscattare il capitale investito nei titoli oggetto di causa ed infine riferiva di avere appreso da organi di stampa della crisi e del *deficit* finanziario del gruppo Parmalat e del conseguente tracollo delle obbligazioni dalla stessa acquistate.

Censurava, invero, sotto diversi angoli visuali il contegno della banca che assumeva contrario alle disposizioni di legge (D.Lgs n. 24.2.1998 n. 58, c.d. T.U.F.) e regolamentari (delibera Consob 1.7.1998 n. 11522 e n. 11971/98) disciplinanti la materia con pari forza imperativa, in quanto poste a presidio di interessi generali, taluni di rango costituzionale, facendone discendere il corollario dell'invalidità ed inefficacia del contratto concluso.

Imputava, in particolare, alla banca:

- di non aver raggiunto un apprezzabile livello di conoscenza dei prodotti finanziari compravenduti;
- di aver contravvenuto agli obblighi preliminari alla prestazione dei servizi di investimento proponendo

ad una risparmiatrice inesperta - senza renderla edotta del rischio connesso all'investimento, senza segnalarle l'inadeguatezza dell'operazione rispetto alle sue propensioni ed anzi fornendole dolosamente dichiarazioni fuorvianti, anche quando era ben evidente la crisi ed il deficit finanziario della Parmalat - l'acquisto di titoli dei quali era già nota, al momento della vendita all'attrice, la scarsa affidabilità;

- di non aver informato la risparmiatrice della precipitosa riduzione del valore dei titoli e dunque del patrimonio investito;

- di avere effettuato l'operazione di vendita delle obbligazioni in oggetto pur trovandosi in una situazione di conflitto di interessi non esplicitata chiaramente all'attrice.

Concludeva quindi chiedendo al Tribunale di "accertare e dichiarare che l'operazione di acquisto delle obbligazioni Parmalat Finance Corporation bv codice XS 014232613, posta in essere dalla sig. ra Xxx con la xxxx, oggi xxxx, in data 12.2.2002, riveste i caratteri di "operazione non adeguata " ai sensi e per gli effetto di cui all'art. 29 reg. Consob 1/7/1998; accertare e dichiarare la nullità o inefficacia del contratto di vendita delle obbligazioni Parmalat Finance Corporation bv, codice XS 014232613, stipulato dalla sig.ra Xxx con la xxx, xxxx, per le causali meglio specificate in narrativa (violazione del combinato disposto degli artt. 1418 e 1343 c.c.; art. 21 D.Lvo 58/1998 e 26, 27, 28, 29 del Consob 1/7/1998), con conseguente condanna della società convenuta alla restituzione del capitale investito in obbligazioni argentine ed al risarcimento danni da liquidarsi secondo equità, oltre interessi e danno da svalutazione monetaria,

dal diritto al soddisfo; in linea subordinata, accertare e dichiarare che nella operazione di collocamento delle obbligazioni summenzionate, la Banca convenuta ha tenuto, per le motivazioni in narrativa, in particolare per la omissione di informazioni doverose, una condotta violativa del dovere di buonafede precontrattuale e dell'obbligo di diligenza specifica (art. 1337, 1375 c.c.; art. 21 ed art. 23, comma VI, D.L.vo 58/98; art. 28 comma II ed art. 96, comma II, lett. 3 del Consob 1. 7.1998); per l'effetto, condannare la convenuta al risarcimento dei danni subiti e subendi, da liquidarsi in misura pari all'investimento sollecitato, oltre interessi e danno da svalutazione monetaria, dal diritto a soddisfo, ai sensi dell'art. 1224 c.c.; ancora in linea subordinata, ritenere e dichiarare l'annullabilità del contratto ut supra per dolo contrattuale ex art. 1439 c.c. per le motivazioni esposte in narrativa; per l'effetto condannare il xxx alla integrale restituzione del capitale investito, oltre interessi e rivalutazione monetaria, dal diritto al soddisfo; infine in ulteriore subordine, ritenere e dichiarare che, nella operazione di collocamento dei Bond Parmalat Finance Corporation bv codice XS 014232613, la banca convenuta ha agito in posizione di conflitto di interessi con la risparmiatrice e, pertanto, annullare l'ordine di acquisto ex art. 1394, 1395 c.c., e per l'effetto condannare la banca alla integrale restituzione del capitale investito, oltre interessi e rivalutazione monetaria con vittoria di spese, diritti ed onorari del presente giudizio; in ogni caso, ritenere e dichiarare che i diritti di custodia per le obbligazioni ut supra, percepiti dalla banca a partire al dicembre 2003, ossia dalla perdita di

valore dei Bond non sono più dovuti, e, per l'effetto, condannare il xxx alla restituzione degli importi percepiti, e percipiendi, a titolo di diritti di custodia dal dicembre 2003 alla data di effettivo soddisfo ex art. 2033 c.c.; in ogni caso condannare la convenuta alle spese e compensi del presente giudizio con distrazione a favore del sottoscritto procuratore antistatario, il quale dichiara di averle interamente anticipate e di non avere percepito anticipi su diritti ed onorari ".

La Banca si costituiva in giudizio contestando nel merito il fondamento delle avverse pretese e deduzioni.

Confutava talune affermazioni dell'attore, evidenziando:

- che, al momento della conclusione del contratto per la negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini su strumenti finanziari, la Xxx e gli altri cointestatari del dossier titoli aveva rifiutato di fornire i dati relativi alla loro esperienza in materia di investimenti e strumenti finanziari, nonché le notizie sulla loro situazione finanziaria;
- che era stata loro correttamente consegnata, al momento della conclusione del contratto per la negoziazione sottoscrizione, collocamento e raccolta di ordini, la documentazione di rito;
- che, al momento della conclusione dell'ordine di acquisto in oggetto, l'attrice era stata resa edotta delle caratteristiche del titolo, peraltro dotato, al momento della sottoscrizione dell'acquisto di *rating* pari a BBB- (che corrisponde al minimo *rating* di buona qualità compreso tra BBB+ e BBB-) e non era affatto stata sollecitata all'investimento del dipendente dell'istituto di credito;

- che non poteva trovare applicazione nel caso di specie l'art. 28 Reg. 11522/98 - che prevede che l'intermediario informi prontamente l'investitore in caso di perdita superiore al 50% del valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista e garanzia, ovvero se il patrimonio affidato si sia ridotto in misura pari o superiore al 30% -, posto che detta normativa si applica solo alle operazioni relative a strumenti derivati - e le obbligazioni in oggetto non sono strumenti derivati - ovvero qualora si tratti di patrimonio affidato nell'ambito di un contratto di gestione - e nel caso in esame le obbligazioni erano state acquistate in esecuzione di uno specifico ordine impartito dalla cliente -;
- che nessun conflitto di interessi esisteva al momento della conclusione dell'operazione in oggetto, non avendo l'istituto di credito convenuto alcun rapporto creditorio con il gruppo Parmalat.

Rappresentava infine come le informazioni reperibili sul mercato all'epoca dei fatti per cui è causa non delineavano il titolo come altamente rischioso, né lasciavano presagire il crollo del gruppo Parmalat, tanto che la stessa Xxx aveva incassato alcune cedole relative alle obbligazioni in oggetto, l'ultima delle quali in data 23.9.2003 e concludeva chiedendo al Tribunale di "respingere le domande avversarie perché infondate in fatto ed in diritto, con conseguente condanna al pagamento delle spese, competenze ed onorari del presente giudizio ".

A seguito di istanza di fissazione di udienza, il Giudice relatore provvedeva come da decreto del 13/14.1.2005, disponendo il libero interrogatorio delle parti ed ammettendo le prove testimoniali dalle stesse richieste.

All'udienza collegiale dell' 11.2.2005, espletato il libero interrogatorio delle parti, tentata, con esito negativo, la conciliazione, il Collegio sostanzialmente confermava il decreto del Giudice relatore, delegandolo per l'assunzione.
All'esito della espletata istruttoria, condotta dal Giudice relatore, la causa veniva nuovamente rimessa al Collegio e, all'udienza del 25 novembre 2005, la causa veniva posta in decisione con assegnazione al relatore del termine di cui all'art. 16 comma V D.Lgs 5/03.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In primo luogo deve darsi atto che la domanda di parte attrice relativa alla restituzione dei diritti di custodia percepiti dall'istituto di credito dal dicembre 2003 è stata implicitamente rinunciata, non essendo stata riproposta né nell'istanza di fissazione d'udienza depositata ex art. 9 D.L.vo 5/2003 né nella memoria conclusionale depositata ex art. 10 D.L.vo 5/2003 - atti nei quali vanno definitivamente formulate, tra le altre, le conclusioni di rito e di merito.
Detta conclusione, peraltro, è in linea con la stessa giurisprudenza della Suprema Corte (cfr. Cass. Civ., sez. II, 8.1.2002 n. 140), secondo la quale "è giurisprudenza di questa Corte (cfr. sent. n. 1047/95, n. 10268/1994, n. 6691/94) che, qualora il difensore della parte, comparso all'udienza di precisazione delle conclusioni, abbia precisato le proprie in modo specifico, le domande e le eccezioni non riproposte, a meno che non si riconnettono strettamente con altre specificamente riproposte o che nella condotta processuale della parte risulti che essa abbia voluto tenere ferma la domanda o la eccezione - ma entrambe le due ipotesi non ricorrono nella

fattispecie - debbono presumersi abbandonate o rinunciate rientrando nei poteri del difensore la rinuncia ad un singolo capo della domanda o la riduzione delle originarie domande ".

L'attrice ha avanzato in via preliminare domanda di nullità per violazione da parte dell'istituto di credito convenuto di norme di comportamento previste dal T.U.F. genericamente e complessivamente considerate, che impongono una corretta informativa preventiva da fornirsi al cliente, una valutazione obiettiva e subbiettiva del rischio cui egli va incontro nell'acquisto di strumenti finanziari, e, asseritamene, un comportamento successivo all'acquisto.

Detta domanda va però rigettata.

La normativa da applicare è quella del T.U.F. 24.2.1998 n. 58, disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (di seguito T.U.F.), e del successivo regolamento attuattivo del 1.7.1998.

Quest'ultimo è il regolamento CONSOB approvato con delibera 1 luglio 1998 n. 11522, avente portata integrativa dei superiori doveri, contenente una precisa e dettagliata prescrizione degli obblighi.

Esaminando questi ultimi, l'art. 21 T.U.F. impone agli intermediari nell'attività di servizi di investimenti ed accessori di:

a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati;

b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti ed operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati;

c) organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento;

d) disporre di risorse e procedura, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi;
e) svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.
Dal canto suo, l'art. 28 del regolamento impone all'intermediario, prima della stipula del contratto di gestione, di chiedere all'investitore ogni notizia sulla sua propensione al rischio, sulla sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, sulla sua situazione finanziaria, e l'eventuale rifiuto a fornire le predette informazioni deve risultare dal contratto. Ancora, l'intermediario è tenuto a consegnare al cliente il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari.
La tipizzazione dei doveri di diligenza implica l'enucleazione della serie di comportamenti che in concreto l'operatore è tenuto a compiere, al fine di rendere l'operazione il più possibile trasparente e comprensibile anche ad un cliente scarso conoscitore dei meccanismi del mercato e degli strumenti finanziari. Certamente, la consegna del prospetto informativo del prodotto che il cliente si accinge ad acquistare unitamente alla descrizione verbale delle sue caratteristiche implica adempimento degli obblighi di diligenza. Ulteriori obblighi di carattere più dettagliato mirano a salvaguardare l'investitore da rischi elevati imponendo al soggetto abilitato:
a) di acquisire un'adeguata conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi e dei prodotti diversi, propri o di terzi;

b) di non procedere all'investimento se questo si rivela inadeguato alla situazione finanziaria dell'investitore;
c) di non agire in situazioni di conflitto di interessi;
d) di non effettuare operazioni prima di avere assolto prontamente agli oneri di informazione sulla natura dei rischi e sulle implicazioni della specifica operazione;
e) di mettere a disposizione dei clienti i documenti e le registrazioni che li riguardano.
Tutti tali obblighi sono codificati rispettivamente dall'art. 26 comma I lett. e) reg. Consob 11522/98, dagli artt. 21, comma I, lett. b) T.U.F. e 28, comma I, lett. a) reg. Consob n. 11522/98 e dall'art. 29 comma I reg. Consob 11522/98, ed impongono all'intermediario finanziario di:
– raccogliere informazioni necessarie dai clienti, richiedendo all'investitore - anche mediante moduli prestampati il cui utilizzo è stato legittimato dalla Consob - informazioni sulla sua esperienza in materia di investimenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, la sua propensione al rischio, annotando l'eventuale rifiuto del cliente a rendere le risposte;
– astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni, anche se espressamente impartite dal cliente, rispetto a costui non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza e dimensione, salvo la ripetizione scritta dell'ordine preceduta dall'esplicazione delle ragioni di inadeguatezza.
La finalità di tutti tali doveri è il raggiungimento di un fine superiore, configurato nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato (art. 21, comma I, lett. a T.U.F. ed art. 26, comma I, del Reg. Consob 11522/98), ovvero quello di

assicurare correttezza e trasparenza dell'attività di intermediazione: la corretta interpretazione delle preferenze di investimento dei risparmiatori e la ponderata valutazione dei rischi da parte di costoro riducono l'alea connessa agli investimenti finanziari entro quella connaturata, e perciò insopprimibile, alle operazioni eseguite sul mercato dei valori mobiliari, ed elidono, tendenzialmente, il rischio non necessario, evitando che questo sia addossato in modo inconsapevole al risparmiatore.
Proprio la violazione di tali doveri comporta, secondo un indirizzo giurisprudenziale, la nullità dei relativi contratti conclusi e ciò in considerazione della peculiare rilevanza degli interessi protetti di natura pubblicistica, identificabili con la tutela dei risparmiatori, soggetti deboli e in forte asimmetria informativa rispetto agli operatori abilitati, del risparmio pubblico, della correttezza ed efficienza del mercato dei valori mobiliari (Cass. 07/03/2001 n. 3272; Trib. Mantova 18/03/2004). Dalla qualificazione in termini di norma imperativa di legge dei precetti comportamentali che sovrintendono all'operato degli intermediari finanziari discenderebbe, ai sensi dell'art. 1418 comma I e III c.c., l'affermazione di nullità degli atti negoziali conclusi in loro dispregio; e da tali orientamenti giurisprudenziali discende la domanda di nullità proposta dagli attori.
Questo Tribunale ritiene di non (più) condividere l'interpretazione appena richiamata, anche sulla scorta del più recente arresto del Supremo Collegio (Corte di Cassazione sez. I civ. 29 settembre 2005) che, con riferimento alle nullità cd. "virtuali" derivanti da clausole negoziali contrarie a norma imperative, ha evidenziato che la nullità del negozio può essere determinata solamente dalla violazione

che incide sul contenuto obiettivo dello stesso, non anche da quella relativa alla condotta prenegoziale o della fase esecutiva posta in essere da taluna delle parti. La nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, comma 1 c.c. postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi.

Proprio la netta distinzione, che caratterizza le norme sopra riportate, tra adempimenti prescritti a pena di nullità ed altri obblighi di comportamento pure posti a carico dell'intermediario impedisce una generalizzata qualificazione di tutta la disciplina dell'intermediazione mobiliare come di ordine pubblico e, ultimamente, presidiata dalla cd. nullità virtuale di cui all'art. 1418 c.c.. Di conseguenza, non può sanzionarsi con la nullità il negozio ove risulti inosservato l'obbligo informativo perché l'informazione non assurge a requisito dell'atto a pena di nullità, ma anzi, per quanto discende dalle norme del T.U.F. richiamate, qualifica il comportamento dell'operatore finanziario, con condotta da valutare in termini di diligenza nella fase delle trattative o dell'adempimento.

In altri termini, dette norme non sono che una specificazione dei principi generali in tema di informazione e correttezza, già sanciti dagli artt.

1337 e 1375 c.c., alla cui violazione segue solo l' esperibilità del rimedio della risoluzione e/o risarcitorio, nonché - sussistendone eventualmente i presupposti - l'applicazione delle sanzioni penali ed amministrative previste a carico dell'intermediario.

Tale opzione interpretativa, tra l'altro, non si pone in contrasto con le esigenze di tutela dell'investitore sottese alla predisposizione degli obblighi imperativi di cui all'art. 21 d. lgs. 58/98 e della conseguente normativa regolamentare, tenuto conto che essa consente il pieno ristoro del pregiudizio da questi patito mediante l'esperimento dell'azione risarcitoria e/o di risoluzione per inadempimento.

Pertanto, la domanda in punto di nullità va disattesa.

Passando all'esame dell'altra domanda dell'attrice, diretta a fare dichiarare la annullabilità del contratto di acquisto per avere l'istituto di credito agito in conflitto di interessi, deve sottolinearsi che l'intermediario finanziario ha l'obbligo (variamente sanzionato) di organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse ed, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento.

L'art. 27 del regolamento al riguardo prescrive agli intermediari autorizzati di vigilare per l'individuazione dei conflitti di interesse e prosegue: "gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e sull'estensione del

loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione".

Secondo la difesa attrice l'istituto di credito convenuto non solo ha agito in conflitto di interessi, vendendo ad un proprio cliente il titolo di una società collegata alla Parmalat S.p.A., a sua volta fortemente debitrice nei confronti delle banche, titolo che, inoltre, si trovava nella disponibilità dello stesso convenuto, ma avrebbe pure omesso di darne avviso alla cliente, posto che la formula utilizzata nella copia dell'ordine di acquisto "contrattazione in contropartita diretta col vostro istituto" non specifica affatto l'esistenza del conflitto né la sua estensione.

L'assunto non è nell'ipotesi concreta condivisibile.

Fermo restando - come anche la stessa Consob ha già avuto modo di riconoscere - il fatto che l'esistenza di una esposizione creditoria della banca nei confronti dello stesso emittente non determina di per sé la sussistenza del conflitto di interesse, rileva il Collegio che, a maggior ragione, deve escludersi anche la astratta possibilità di un conflitto di interesse nel caso, come il presente, in cui la convenuta non era creditrice, in particolare, della società emittente il prestito obbligazionario (Parmalat Finance Corporation BV) di cui è causa; in ogni caso, poi, la situazione di conflitto di interessi rilevante agli effetti della contestazione di violazioni comportamentali è solo quella attuale, ossia una situazione in cui l'intermediario non solo potenzialmente, ma anche effettivamente, realizzi un suo interesse in conflitto con quello del cliente,

cosa che, nel caso di specie, non è stato provato sia avvenuto

Non si può poi ritenere sussistente il conflitto nemmeno nell'ipotesi in cui l'operazione di negoziazione sia stata effettuata, come in questo caso, in contropartita diretta (cfr., in arg., Trib.Mantova 5 aprile 2005, G.M. c. Cassa Carpi): si tratta, infatti di quella forma di negoziazione che il T.U.F. riconosce come legittima e disciplina all'art. 1 comma 5 lett. a), denominandola "negoziazione in conto proprio". La stessa Consob è stata assolutamente esplicita nel senso che la negoziazione in conto proprio non determina, di per sé, una situazione di conflitto di interessi, che va valutato in concreto e si ha solo quando l'intermediario persegua - contemporaneamente alla operazione - un interesse diverso ed ulteriore rispetto a quello tipico del contratto di investimento - e sul punto l'allegazione di parte attrice è completamente sfornita di prova -.

Passando alla questione relativa alla eventuale responsabilità risarcitoria della banca per l'allegata violazione degli obblighi stabiliti dall'art. 21 D.L.vo 58/98, va premesso che l'onere di provare di aver agito con la dovuta diligenza richiesta dall'operazione conclusa grava sul soggetto abilitato, a norma dell'art. 23 comma VI T.U.F. (norma che può ritenersi specificazione, in questo particolare settore, di quella desumibile dall'art. 1218 c.c.), convenuto in giudizio dal cliente per i danni a questi cagionati. In questo caso, l'intermediario non deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile per adempiere l'obbligazione ma deve dar prova di aver agito con la specifica diligenza, da valutarsi con riguardo all'attività professionale esercitata (art. 1176 II comma c.c.).

In caso di pretesa ulteriore di risarcimento del danno (come nel caso di specie), sull'investitore permane l'onere probatorio in punto di danno di nesso di causalità con la violazione dei doveri allegata.

Tornando ai doveri imposti alla banca, esaminandoli in ordine temporale, essi si sostanziano, come sopra detto, nel dovere di informarsi e di informare il cliente, nonché nel dovere di non procedere all'investimento se questo si rivela inadeguato alla situazione finanziaria dell'investitore e nel non effettuare operazioni prima di avere assolto prontamente agli oneri di informazione sulla natura dei rischi e sulle implicazioni della specifica operazione.

Nel caso di specie, l'istituto di credito convenuto non ha provato, come era suo specifico onere, di avere fornito alla cliente adeguate informazioni sull'operazione che stava per porre in essere e sui rischi alla stessa connessi, in particolare che si trattasse di un titolo estero, cioè emesso da una società non avente sede in Italia (si trattava infatti una società olandese e le obbligazioni erano state emesse sul mercato lussemburghese) e che si trattasse di un titolo privo di *rating*. La circostanza che le obbligazioni in parola non fossero dotate di rating (non è infatti stata provata la circostanza, soltanto labialmente affermata dall'istituto di credito, che fosse loro stato attribuito un *rating*), ossia senza che una società specializzata avesse fornito la valutazione del rischio del credito attraverso l'esame della solidità patrimoniale della società emittente - e quindi dell'effettiva possibilità della stessa di rimborsare il prestito emesso -, induce inevitabilmente a ritenere che i titoli di cui è causa costituissero fin dalla loro

emissione *junk bond*, cioè emissioni caratterizzate da elementi speculativi (speculative grade), non adatte all'evidenza ad un investitore (quale l'attrice), privo di accentuata propensione al rischio. Anche poi a volere ritenere provato che alle obbligazioni Parmalat bv fosse stato attribuito dall'agenzia specializzata Standard and Poor un giudizio di bassa probabilità all'insolvenza (pari a BBB-), tale da farle ricondurre nell'ambito dei cd. *investiment grade*, comunque il comportamento della banca risulterebbe non diligente, posto che le obbligazioni in oggetto, emesse da una società di diritto olandese e garantite esclusivamente da Parmalat S.p.A., ossia da una società non quotata in borsa e priva di rating, non erano affatto adeguate alla tipologia di investitore cui apparteneva l'attrice.

Né vale la circostanza, richiamata nelle proprie difese dalla convenuta, secondo la quale la cliente (e gli altri contitolari del conto) si era rifiutata di fornire informazioni circa la propria propensione al rischio ex art. 28, comma I, lett. a) del regolamento, posto che, secondo l'indirizzo giurisprudenziale fatto proprio anche da questo Collegio, l'intermediario non può fare a meno di valutare l'adeguatezza dell'operazione ex art. 29 reg. - astenendosi quindi dal compiere per conto degli investitori quelle operazioni non adeguate - utilizzando a tal fine ogni altra informazione disponibile, anche diversa da quelle fornite ex art. 28 citato dai medesimi clienti, e così stimando in modo obiettivo la propensione al rischio del cliente sulla base, soprattutto, dell'età, della professione e del pregresso ed abituale operare del cliente medesimo (e questa interpretazione dei doveri dell'intermediario è stata fatta propria dalla stessa

Consob che, nella comunicazione DI/3096 del 21.4.2000 ha affermato: "in nessun caso gli intermediari sono esonerati dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione disposta dai clienti, neanche nel caso in cui l'investitore abbia rifiutato di fornire le informazioni sulla propria situazione patrimoniale e finanziaria, obiettivi di investimento e propensione al rischio; nel caso, la valutazione andrà condotta in ossequio ai principi generali di correttezza, diligenza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui l'intermediario sia in possesso").

In ultima analisi, nella condotta dell'istituto di credito convenuto è mancata sia la valutazione di non adeguatezza dell'operazione rispetto alle qualità della cliente - attrice, sia la mancata puntuale informazione resa alla Xxx circa l'operazione da questi eseguita.

Potendosi inquadrare lo schema negoziale posto in essere dalle parti nel contratto di mandato, in ragione del profondo divario di informazioni e cognizioni tecniche possedute dalle parti, con il mandante in posizione di netto svantaggio sul mandatario, quest'ultimo è tenuto, usando della diligenza del professionista avveduto, ad indirizzare le scelte del risparmiatore ed a segnalargli l'eventuale inadeguatezza delle operazioni che intenda comunque compiere, illustrandogliene i motivi. E, come sopra detto, ciò la banca dovrà fare anche a fronte del rifiuto del cliente di fornire il proprio profilo di rischio, dovendo valutando in modo obiettivo la propensione al rischio del cliente in considerazione degli altri elementi, quali età, professione, pregresso operare del cliente medesimo, ulteriori rispetto alle informazioni fornite dal cliente medesimo.

Orbene, dall'esame del pregresso operare dell'attrice - ben a conoscenza dell'operatore bancario, come si può evincere dalle dichiarazioni rese dal teste xxx: "... la sig.ra Xxx che era cliente della banca ed aveva, fino al febbraio del 2002, aveva investito in titoli di stato e "crediti pronto termine" che nella sostanza sono titoli di stato; sapevo che la signora era una investitrice più che prudente" - emerge con chiarezza che l'investimento di € 35.000,00 in obbligazioni Parmalat bv costituisce una nota dissonante, attese le caratteristiche sopra evidenziate del titolo stesso. Che poi la convenuta non si sia comportata in conformità di quanto prescritto dal regolamento Consob emerge proprio dalle dichiarazioni rese dal teste xxx: nulla venne segnalato alla cliente circa la mancanza del *rating* o comunque l'esistenza di un rating certo non similare a quello dei pregressi investimenti della Xxx; né venne riferito alla cliente che la società straniera che aveva emesso i titoli possedeva un capitale sociale di alcune migliaia di volte inferiore all'entità delle obbligazioni emesse, ma le venne indicato quale società "garante" della "sicurezza" dei titoli Parmalat bv la Parmalat S.p.A., società nemmeno quotata in borsa e priva di *rating*: la non adeguatezza dell'operazione posta in essere dalla Xxx - rispetto al suo profilo di investitrice come emergente dai pregressi investimenti ed alle caratteristiche dei titoli vendutile - non venne nemmeno segnalata all'attrice, anzi fu lo stesso dipendente della banca ad indicare alla Xxx i titoli in oggetto come titoli maggiormente redditizi rispetto ai titoli di stato nei quali l'attrice aveva fino ad allora investito, ritenendo quindi concretamente detta operazione adeguata - in quanto proposta alla

cliente con altre, ma non specificate, diverse soluzioni -.
La banca convenuta non ha quindi offerto la prova liberatoria cui era tenuta.
Ritiene conclusivamente il Collegio che sussista un inadempimento colpevole della Banca convenuta in riferimento alla vicenda in esame, non tale da giustificare la risoluzione del contratto (domanda, peraltro, non proposta), ma certamente idonea a fondare la pretesa risarcitoria.
Conclusivamente, in ragione di tali considerazioni, va accolta la domanda risarcimento dei danni formulata dall'attrice per il comportamento dell'istituto di credito convenuto, assunto in violazione dei superiori obblighi connessi alla negoziazione delle obbligazioni Parmalat Corporation bv codice XS 014232613 effettuata in data 12/02/2002.
Non avendo le parti attrici allegato e provato l'esistenza di ulteriori danni, e tenuto conto che l'attrice ha incassato tre cedole - di cui una decurtata - relative ai titoli in oggetto (pari a complessivi € 3.446,48), tale risarcimento andrà limitato alla misura della somma impiegata per l'acquisto rivelatosi del tutto insoddisfacente, diminuita delle cedole incassate, quindi pari ad € 31553,52, oltre gli interessi legali dalla data della citazione sino al completo soddisfo (tali da compensare anche il danno da ritardato ristoro).
Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P. Q. M.

Il Tribunale di Palermo, Terza Sezione Civile, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione respinta, definitivamente pronunciando sulle domande

proposte da Xxx Xxx con atto di citazione notificato il 4.6.2004, così provvede:

- in parziale accoglimento delle domande proposte da Xxx Xxx, condanna xxx S.p.A. per le causali di cui in motivazione, al pagamento in favore dell'attrice della somma di € 31.553,52, oltre interessi legali dalla data della domanda al saldo;
- rigetta ogni altra domanda;
- condanna altresì l'istituto di credito convenuto alla rifusione in favore dell'attrice delle spese del giudizio, liquidate in complessivi € 4.090,00, di cui € 3.000,00 per onorari, € 935,00 per diritti, € 155,00 per spese, oltre i.v.a e c.p.a. come per legge e spese generali secondo tariffa su diritti ed onorari.

*****

IV. Tribunale di Catania, sentenza 25 novembre 2005, T. A. (Avv.ti G. Matteini e A. Cannata) c. Banco di Sicilia S.p.A (Avv.ti F. Carbonetti, N. Irti e U. Monterosso), Pres. Macrì, Rel. La Mantia

L'obbligazionista Parmalat il quale non abbia percepito alcun rimborso, neppure parziale, del titolo, mantiene l'interesse ad agire in giudizio, nei confronti della banca intermediaria, ex art. 100 c.p.c., pur se il concordato sia stato omologato. Le norme che disciplinano la materia della intermediazione finanziaria (D. L.vo 24 febbraio 1998, n. 58 - TUF e Deliberazione CONSOB 1 luglio 1998, n. 11522 – Adozione del Regolamento di Attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58) ed, in particolare, gli artt. 21 e 23 del D. Leg. n. 58/98 e gli artt. da 26

a 30 del citato reg. Consob hanno carattere imperativo, essendo poste a tutela del risparmio, bene di sicuro rilievo costituzionale, e costituiscono il contenuto specifico dei comportamenti esigibili e degli obblighi inderogabili da parte di chi offre servizi di investimento, operatori professionali "abilitati" a cui si richiede alta competenza specifica e una superiore (rispetto a quella comune del "buon padre di famiglia") diligenza, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali. Solo il "contratto quadro" rientra fra i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, cui si riferisce l'art. 23 D.L.vo 58/98 e, pertanto, il vincolo legale della forma scritta non vale anche per i singoli ordini di acquisto "a valle", in relazione ai quali la forma della conclusione è quella prevista in via pattizia dallo stesso contratto quadro. L'omessa sottoscrizione del "contratto quadro" alla data di esecuzione dell'ordine di acquisto determina la nullità di quest'ultimo.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI CATANIA
Quarta Sezione Civile

Il Tribunale di Catania, IV sezione civile, composto dai signori Magistrati

Dott. Giovanni B. Macrì	Presidente
dott. Nicola La Mantia	Giudice Rel./Est.
dott. Pietro A. Currò	Giudice

ha emesso la seguente

S E N T E N Z A

Ai sensi dell'art. 16 D.L.vo 5/2003, nella causa civile iscritta al n. 12619/04 RG. Promossa da:

T. A., n. a Catania il xxxxxxx, cod. fisc. xxxxxxxxxx, e B. S., n. a Catania il xxxxxxxxx, cod. fisc. xxxxxxxxxxxx, rappresentati e difesi, congiuntamente e disgiuntamente, giusto mandato a margine dell'atto di citazione, dagli Avv.ti Gaia Matteini del foro di Palermo e Antonio Cannata del foro di Catania ed el.te domiciliati presso lo studio di quest'ultimo sito in Catania, via Umberto n. 187.

ATTORI

Contro

Banco di Sicilia S.p.A., con sede in Palermo, via Generale Magliocco n. 1, in persona del responsabile della funzione legale, avv. Mario Giudice, rappresentato e difeso, in virtù di procura speciale in calce all'atto di citazione, dagli Avv.ti prof. Francesco Carbonetti, prof. Natalino Irti e Ugo Monterosso ed el.te domiciliato presso lo studio di quest'ultimo sito in Catania, via Asilo S. Agata n. 26.

CONVENUTO

Venuta la causa all'udienza collegiale di discussione dell'11.11.2005 il Tribunale statuiva come da motivazione di seguito riportata ed, attesa la particolare complessità della controversia, disponeva con ordinanza, di cui dava lettura in udienza, il differimento del deposito della sentenza ai sensi dell'art. 16, comma V, D.L.vo 5/2003 nel termine massimo ivi sancito

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto notificato il 13/17/2004 T. A. e B. S. citavano in giudizio il Banco di Sicilia S.p.A. chiedendo accogliersi le seguenti conclusioni: "1) Accertare e dichiarare che la operazione di acquisto delle obbligazioni Parmalat Finance Corporation bv,

codice ISIN XS 0132599175, posta in essere dal sig. T. in data 15.1.2002, riveste i caratteri di «operazione non adeguata» ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 29 reg. Consob 1.7.1998; 2) Accertare e dichiarare la nullità, o inefficacia del contratto di vendita delle obbligazioni Parmalat Finance Corporation bv, codice ISIN XS 0132599175, stipulato dal sig. T. con il Banco di Sicilia, per le causali meglio specificate in narrativa (violazione del combinato disposto degli artt. 1418 e 1343 c.c., artt. 21 D. L.vo 58/1998 e 26, 27, 28, 29 del reg. Consob 1/7/1998), con conseguente condanna della società convenuta alla restituzione del capitale investito, ed al risarcimento danni da liquidarsi secondo equità, oltre interessi e danno da svalutazione monetaria, dal diritto al soddisfo; 3) In linea subordinata, accertare e dichiarare che nella operazione di collocamento delle obbligazioni summenzionate, la banca convenuta ha tenuto, per le motivazioni in narrativa, in particolare per la omissione di informazioni doverose, una condotta inadempiente al dovere di buona fede pre-contrattuale, ed all'obbligo di diligenza specifica (artt. 1337, 1375 c.c., art. 21 e art. 23, comma 6, D. L.vo 58/1998, art. 28, comma 2 e art. 96, comma 2, lettera 3, del reg. Consob 1/7/1998); per l'effetto, condannare le convenuta al risarcimento dei danni subiti e subendi, da liquidarsi in misura pari all'investimento sollecitato, oltre interessi e danno da svalutazione monetaria, dal diritto al soddisfo, ai sensi dell'art. 1224 c.c.; 4) Ancora, in linea ulteriormente subordinata, ritenere e dichiarare l'annullabilità del contratto ut supra per dolo contrattuale, ex art. 1439 c.c., per le motivazioni esposte in narrativa; per l'effetto condannare il Banco di Sicilia alla integrale

restituzione del capitale investito, oltre interessi e rivalutazione monetaria, dal diritto al soddisfo; 5) Infine, in ulteriore subordine, ritenere e dichiarare che, nella operazione di collocamento del bond Parmalat Finance Corporation bv, codice ISIN XS 0132599175, la banca convenuta ha agito in posizione di conflitto di interessi con la risparmiatrice e, pertanto, annullare l'ordine di acquisto ex artt. 1394, 1395 c.c., e, per l'effetto, condannare la banca alla integrale restituzione del capitale investito, oltre interessi e rivalutazione monetaria, dal diritto al soddisfo".

A supporto delle rassegnate conclusioni gli attori esponevano che:

- in data 15.01.2002, presso la filiale di Catania del Banco di Sicilia, agenzia "A" in corso Sicilia n. 6, ove intrattenevano rapporti di correntisti già da diversi anni, avevano acquistato obbligazione della società Parmalat Finance Corporation BV, codice ISIN XS 0132599175, per un valore nominale di € 10.000,00 con annessa pattuizione convenzionale della misura del tasso degli interessi creditori del 6,8% annuo, in scadenza al 25.07.2008;
- l'investimento era stato caldeggiato dall'impiegata dell'istituto bancario, la quale aveva prospettato l'opportunità di acquistare un "titolo italiano", parificato, quanto a sicurezza e assenza di rischio, ai BOT, con la possibilità di conseguire guadagni medio-alti e di riscattare il capitale in qualsiasi momento, anche prima della scadenza dei titoli, a semplice richiesta;
- esso T. aveva manifestato la propria scarsa propensione al rischio, ma era stato rassicurato dalle parole dell'impiegata, che aveva fatto riferimento alla storica solidità aziendale del gruppo Parmalat;

- in occasione dell'acquisto dei bond Parmalat la banca convenuta non aveva fornito ad esso T. il questionario relativo agli obiettivi di investimento ed alla propensione al rischio;
- dichiarata, nel dicembre 2003, l'insolvenza di una serie di società facenti capo al gruppo Parmalat, fra cui la Parmalat Finance Corporation BV, esso T. si era recato presso l'istituto bancario per richiedere informazioni, ottenendo risposte vaghe e sfuggenti.

La Commissione di Conciliazione, adita al fine di ottenere, quanto meno, la restituzione della sorte capitale investita, aveva formulato la proposta di ristoro per un importo di € 4.471,45, non accettata da essi attori.

Così ricostruita la vicenda i sigg. T. e B., richiamate le disposizioni contenute nel TUF (D. Lvo 58/98) e nel reg. Consob dell'1.07.1998 n. 11522 in materia di obblighi a carico dell'intermediario preliminari alla stipula del contratto di gestione e consulenza in materia di investimenti ed all'inizio della prestazione di servizi di investimento, eccepivano:

1) la nullità dell'ordine di acquisto dei bond Parmalat: a) per le caratteristiche del titolo (mancanza di *"rating"*); b) per il fatto che l'emittente fosse una società di nazionalità estera e, dunque non soggetta al limite dell'art. 2410 c.c. nella formulazione allora in vigore; c) per la situazione patrimoniale dell'emittente (la società finanziaria Parmalat Finance Corporation BV aveva un capitale sociale di € 1.242.000,00 ed aveva emesso e collocato sul mercato obbligazione per un valore nominale complessivo di € 500.000.000,00); d) per la natura di essi attori, investitori privi di esperienza, per come desumibile dalla quasi totale assenza di pregresse operazioni sul mercato dei valori mobiliari e dalla non titolarità di altri

prodotti finanziari, eccezione fatta per i titoli di stati e per le obbligazioni.
2) La violazione degli artt. 1337 e 1375 c.c. per non avere la banca convenuta impiegato l'adeguato sforzo, diligente e professionale, per procurarsi le notizie idonee ad evitare di ledere la libertà negoziale altrui e in particolare, ad evitare di ledere la libertà negoziale altrui e, in particolare, ad evitare di indurre il risparmiatore ad acquistare strumenti finanziari che altrimenti non avrebbe acquistato ove fosse stato correttamente informato circa la vera situazione economica e finanziaria dell'ente emittente e circa la reale natura dei titoli in oggetto. Il comportamento della banca integrava – secondo l'assunto di parte attrice – quanto meno una responsabilità precontrattuale, individuata, nel caso di specie, in una omissione, se non fuorviante, lesiva della libertà negoziale, consistita nell'avere espresso giudizi positivi, o comunque nell'avere sollecitato la sottoscrizione di obbligazioni delle quali conosceva, o avrebbe dovuto conoscere, la rischiosità.
3) L'annullabilità per dolo contrattuale, atteso che le omissioni informative sull'ente emittente e sulla sua situazione finanziaria, l'avere spacciato i bond per un titolo italiano, emesso da una società italiana, storica e solida, l'avere utilizzato espressioni (quali "investimento sicuro" e "privo di alcun rischio") avevano rappresentato un vero e proprio inganno per essi attori che altrimenti non avrebbero mai aderito alla sollecitazione. In particolare, nel coso di specie, secondo la prospettazione di parte attrice, la banca convenuta non poteva non sapere che: a) la Parmalat S.p.A era un gruppo multinazionale piramidale, con a capo la Parmalat Finanziaria S.p.A. e che erano

quasi esclusivamente le società estere, tra cui Parmalat Finance Corporation BV, ad emettere sempre sui mercati esteri prestiti obbligazionari, con varie scadenze; b) all'atto dell'emissione queste obbligazioni non avevano il giudizio sul merito di credito della società (*rating*); c) tali obbligazioni non avevano alcun avallo da parte della Consob; d) detti titoli erano destinati ad investitori professionali; e) il valore nominale delle obbligazioni emesse da Parmalat Finance Corp. BV superava di gran lunga il capitale sociale della medesima società;

4) L'annullabilità dell'ordine di acquisto per conflitto di interessi ex artt. 1394 e 1395 cc trattandosi di titoli nella disponibilità della banca che li aveva negoziati con il risparmiatore. Per le esposte argomentazioni T. A. e B. S. concludevano così come sopra trascritto.

In seno all'atto di citazione gli attori provvedevano, ai sensi dell'art. 2 D.Lvo 5/03, a fissare al convenuto il termine per la notifica al proprio difensore della comparsa di costituzione e ad indicare il numero di fax presso cui la stessa doveva essere inviata.

Il Banco di Sicilia S.p.A. si costituiva in giudizio e, contestando la fondatezza della domande, ne chiedeva il rigetto con vittoria di spese e compensi.

In particolare, il Banco di Sicilia S.p.A. eccepiva:

1) il difetto di interesse ad agire degli attori ex art. 100 c.p.c. sul rilievo che, avendo il gruppo Parmalt avanzato proposta di concordato (accettata ed omologata nel del giudizio), il danno denunciato dagli attori si profilava come meramente eventuale;

2) l'inesistenza della presunta nullità dell'ordine di acquisto atteso che le obbligazioni acquistate dagli attori erano state emesse dal gruppo Parmalt ed

avevano ottenuto valutazioni ampiamente positive dalle maggiori società di *rating*;

3) L'insussistenza della dedotta inadeguatezza dell'operazione atteso che all'epoca dell'acquisto dei titoli da parte degli attori il gruppo Parmalat appariva come il quarto grande gruppo dell'industria alimentare europea; le obbligazioni erano certificate dalle maggiori società di rating; gli attori avevano dichiarato ad esso banco di avere "media propensione al rischio" ed avevano acquistato anche obbligazioni di altre società;

4) l'inesistenza della presunta violazione degli artt. 1337 e 1375 c.c. tenuto conto della posizione occupata sui mercati europei dal gruppo Parmalat e dovendosi escludere che l'impiegato della banca avesse svolto "campagne promozionali" in favore delle obbligazioni acquistate dagli attori;

5) l'infondatezza della domanda di annullamento del contratto per dolo contrattuale, fondata sulla presunta inadeguatezza dell'operazione. In proposito, esso banco escludeva di avere mai affermato che l'investimento fosse "sicuro" e "privo di rischi" ed evidenziava come anche il "documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari", consegnato agli attori in forza dell'art. 28 del regolamento in materia di intermediari, desse notizia della rischiosità di tali investimenti;

6) l'inesistenza dell'eccepito conflitto di interessi, trattandosi di titoli che esso banco, in forza dell'ordine di acquisto da parte degli attori, aveva appositamente acquistato sul mercato;

7) l'inesistenza del lamentato danno atteso che gli attori, nonostante l'espresso suggerimento in tal senso loro rivolto, avevano rifiutato di cedere i titoli, provocando, quindi, un danno che avrebbero potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Inoltre,

le obbligazioni in oggetto avevano prodotto interessi fino al 25.07.2003, dei quali si doveva in ogni caso tener conto ai fini della determinazione del danno.
In via riconvenzionale, inoltre, il Banco di Sicilia S.p.A., nell'ipotesi di accoglimento delle domande proposte dagli attori, richiedeva la condanna degli stessi alla restituzione delle obbligazioni oggetto del giudizio, nonché delle somme percepite a titolo di interessi sulle obbligazioni medesime.
Il Banco di Sicilia, come sopra rappresentato e difeso, pertanto, così concludeva: "Voglia il Tribunale adito 1) in linea preliminare, accertare la carenza di interesse ad agire dei signori A. T. e S. B. e, per l'effetto, dichiarare l' inammissibilità, improponibilità o improcedibilità delle domande contenute nell'atto di citazione del 17.12.2004; 2) in ogni caso, respingere le domande, proposte dai signori A. T. e S. B., come infondate in fatto e in diritto; 3) in linea subordinata – ove fossero accolte le domande di risarcimento, proposte con atto di citazione del 17.12.2004 -, compensare il danno, subito dai signori T. e B., con tutte le somme che sono state percepite (e saranno percepite) dagli attori in ragione del contratto del 15.01.2002; 4) in linea riconvenzionale – ove fosse accertata la nullità del contratto 15.01.2002, ovvero il contratto fosse annullato o risolto -, condannare i signori A. T. e S. B. a restituire al Banco di Sicilia S.p.A. le obbligazioni oggetto di questo giudizio, nonché le somme, percepite dai signori T. e B. a titolo di interessi sulle obbligazioni medesime (o a qualsiasi altro titolo, connesso al contratto del 15.01.2002). Con vittoria di spese, competenze ed onorari".
Ai sensi dell'art. 4 D. L.vo 5/03 il convenuto Banco di Sicilia S.p.A. in seno alla comparsa di costituzione e risposta, assegnava all'attore termine

per eventuale replica ed indicava il numero di fax del proprio difensore cui dovevano essere inviate le comunicazioni e notificazioni.

Avvenuta da parte del Presidente, con decreto del 28.05.2005, la designazione del giudice relatore, questi procedeva, ai sensi dell'art. 12 D.L.vo 5/2003, a predisporre e depositare il decreto di fissazione dell'udienza con il quale: 1) fissava l'udienza collegiale per la comparizione delle parti; 2) rigettava le istanze istruttorie avanzate dalle parti; 3) rigettava le istanze di ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. avanzate dai ricorrenti; 4) invitava le parti a comparire personalmente all'udienza per l'interrogatorio libero ed il tentativo di conciliazione; 5) invitava le parti a depositare almeno cinque giorni prima dell'udienza memorie conclusive, indicanti anche le questioni bisognose di trattazione.

All'udienza collegiale dell'11.11.2005 il Tribunale, esaurita la discussione, attesa la particolare complessità della controversia, disponeva con ordinanza, di cui dava lettura in udienza, che la sentenza sarebbe stata depositata nei trenta giorni successivi ai sensi dell'art. 16, comma V, D. L.vo 5/2003.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di difetto di interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., proposta dalla banca convenuta in seno alla comparsa di costituzione e reiterata nei successivi scritti difensivi, sul rilievo che il danno denunciato dagli attori sarebbe meramente eventuale avendo essi ricevuto, in qualità di creditori chirografari del gruppo Parmalat, azioni, quotate in borsa, della società assuntrice della proposta di concordato,

accettata ed omologata nel corso del presente giudizio.

Ritiene il Collegio che l'eccezione sia infondata e, come tale, debba essere respinta. Ed invero, l'art. 100 c.p.c. testualmente stabilisce che "Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse". Quella contenuta nella disposizione sopra trascritta integra quella condizione dell'azione nota con il nome di "interesse ad agire"; interesse che, per come evidenziato dalla prevalente dottrina, si concretizza nell'esigenza di tutela giurisdizionale conseguente alla violazione di un diritto sostanziale. La violazione o lesione del diritto costituisce, dunque, il fondamento del diritto. Lesione, però, che ai fini della sussistenza del requisito dell'interesse ad agire, deve essere soltanto affermata o narrata nella domanda, perché l'interesse ad agire altro non è che una modalità della domanda, ossia un contenuto della domanda. L'interesse ad agire, quindi, consiste nell'affermazione, contenuta nella domanda, dei fatti costitutivi e dei fatti lesivi di un diritto.

In giurisprudenza è stato altresì affermato che "l'interesse ad agire deve essere concreto ed attuale, nel senso che, senza l'intervento dell'autorità giurisdizionale, l'attore subirebbe un ingiusto danno, consistente nella privazione di un bene garantito dalla legge o nella mancata eliminazione di una situazione di incertezza che renda insicuro il godimento di un bene" (v. Cass. 4220/83; 4232/88) e che "l'interesse ad agire sussiste quando l'azione sia intesa ad evitare una lesione anche soltanto potenziale al diritto soggettivo" (v. Cass. 3850/75).

Alla luce di quanto sin qui esposto deve, quindi, escludersi che nella fattispecie in esame sussista l'eccepito difetto di interesse ad agire tenuto conto sia della prospettazione dei fatti costitutivi e di quelli lesivi del diritto resa dagli attori, sia della loro attuale posizione, creditori chirografari in seno al concordato Parmalat, che non risulta abbiano, allo stato, ottenuto alcun rimborso, neppure parziale.

Nel merito la domanda di nullità dell'ordine di acquisto delle obbligazioni Parmalat Finance Corporation BV del 15.01.2002 proposto dal T. e dalla B. appare fondata e merita, per l'effetto, di essere accolta.

Prendendo le mosse dalla ricostruzione dei fatti per come documentati in atti e, peraltro, non contestati tra le parti, risulta che in data 15.01.2002 gli odierni attori acquistarono presso la filiale di Catania del Banco di Sicilia S.p.A. obbligazioni della società Parmalat Finance Corporation BV, codice ISIN XS 0132599175, per un valore nominale di € 10.000,00 con annessa pattuizione convenzionale della misura del tasso di interessi creditori al 6,8% annuo (v. copia ordine di acquisto).

Ritiene il Collegio di dover partire dalla considerazione per la quale le norme che disciplinano la materia della intermediazione finanziaria (D. L.vo 24.02.1998 n. 58 (TUF) e Deliberazione CONSOB 1° luglio 1998, n. 11522 – Adozione del Regolamento di Attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58) ed, in particolare, quelle invocate dagli attori (art. 21 e 23 D.Leg. 58/98, artt. da 26 a 30 reg. Consob 11522/98) hanno carattere imperativo, essendo poste a tutela del risparmio, bene di sicuro rilievo

costituzionale, e costituiscono il contenuto specifico dei comportamenti esigibili e degli obblighi inderogabili da parte di chi offre servizi di investimento, operatori professionali "abilitati" a cui si richiede alta competenza specifica e una superiore (rispetto a quella comune del "buon padre di famiglia") diligenza, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali.

Sulla predetta linea sembra attestarsi la più recente giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Mantova 18.03.2004; Trib. Firenze 30.05.2004; Trib. Taranto 27.10.2004; Trb. Ferrara 25.02.2005; cfr. Cass. 3272/2001 sul rilievo pubblicistico della normativa previgente). Sulla particolare diligenza e correttezza richiesta nella particolare materia dell'investimento anche la giurisprudenza di legittimità è poi ormai consolidata (v. in particolare Cass. 426/2000, nonché Cass. 97/108 sui doveri informativi, Cass. 98/5659 e Cass. 99/2284).

Più in particolare, passando all'esame delle disposizioni che qui si rilevano, l'art. 23 del D.lvo 58/98 nel disciplinare il contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento testualmente dispone che:

"1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La CONSOB, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo.

2. È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente

e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto.
3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.
4. Le disposizioni del titolo VI, capo I, del T.U. bancario non si applicano ai servizi di investimento né al servizio accessorio previsto dall'articolo 1, comma 6, lettera f).
5. Nell'ambito della prestazione dei servizi di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18 comma 5, non si applica l'articolo 1933 del codice civile.
6. Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta" e l'art. 30 del Reg. Consob n. 11522 dell'1.7.1998, sempre per quanto concerne il contratto, aggiunge che:
1. "Gli intermediari autorizzati non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata all'investitore.
2. Il contratto con l'investitore deve: a) specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche; b) stabilire il periodo di validità e le modalità di rinnovo del contratto nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; c) indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni; d) prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire all'investitore a rendiconto dell'attività svolta; e) indicare e disciplinare, nei rapporti di negoziazione e ricezione e trasmissione di ordini, le modalità di costituzione e ricostituzione della provvista o

garanzia delle operazioni disposte, specificando separatamente i mezzi costituiti per l'esecuzione delle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati e warrant; f) indicare le altre condizioni contrattuali eventualmente convenute con l'investitore per la prestazione del servizio".

Per come evidenziato da attenta dottrina ed anche da una parte della giurisprudenza di merito (v. Tribunale di Venezia sent. 22.11.2004, Giudice Caprioli, e Tribunale Mantova sent. 1.12.2004, Giudice Bernardi, entrambe in Danno e Responsabilità n. 6 anno 2005), il vincolo legale di forma scritta vale soltanto per il c.d. "contratto quadro" per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini relativi a strumenti finanziari, e non anche per i singoli ordini di compravendita impartiti dall'investitore, che consistono in dichiarazioni non negoziali di volontà (cc.dd. determinative) cui fa seguito una mera attività esecutiva (l'acquisto o il disinvestimento) che non concreta un ulteriore accordo (proprio perché l'intermediario "esegue" e non "accetta di eseguire" l'ordine). Solo il "contratto quadro", quindi, rientra fra i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimenti, cui si riferisce l'art. 23 D.L.vo 58/98 e, pertanto, il vincolo legale della forma scritta non vale anche per i singoli ordini di acquisto "a valle", in relazione ai quali la forma della conclusione è quella prevista in via pattizia dallo stesso contratto quadro: ordine di acquisto del cliente di inoltrare alla banca con la sottoscrizione di apposito modulo d'ordine, o anche comunicazione telefonica (soggetta a registrazione), a cui fa seguito l'esecuzione dell'ordine stesso da parte della banca.

Ciò premesso osserva il Tribunale come nella fattispecie che occupa non risulta che la banca abbia mai, prima della ricezione dell'ordine di acquisto del 15.01.2002 delle obbligazioni Parmalat Finance Corporation BV impartito dagli attori al Banco di Sicilia addirittura il 15.1.2002 (cioé oltre un anno prima). Al momento dell'ordine di acquisto (15.1.2002) il "contratto quadro" non risultava ancora sottoscritto (e lo sarebbe stato oltre un anno dopo: il 29.1.2003).

È opinione del Tribunale che l'omessa sottoscrizione del "contratto quadro" alla data di esecuzione dell'ordine di acquisto abbia determinato la nullità di quest'ultimo. In proposito occorre richiamare il contenuto dell'art. 30 del Reg. Consob 1.7.1998, già sopra trascritto, a mente del quale gli intermediari "non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto". La citata norma del Reg. individua, quindi, nella previa conclusione del "contratto quadro" un requisito di legittimazione dell'intermediario a fornire servizi di investimento ai propri clienti in mancanza del quale la banca non può ritenersi legittimata ad accettare ed eseguire l'ordine di acquisto del cliente.

Ne consegue, pertanto, che l'ordine di acquisto dei titoli, sottoscritto, nella specie, dagli attori in data 15.1.2002 deve ritenersi nullo attesa la mancanza di "contratto quadro".

Né a diverse conclusioni consente di pervenire – secondo l'assunto difensivo dell'istituto convenuto – la circostanza che il contratto quadro sottoscritto in data 29.01.2003 riporti in alto la dicitura "il presente contratto sostituisce/integra il contratto del 01.10.1991" richiamando, quindi, un precedente contratto già sottoscritto dagli attori in

forza del quale la banca avrebbe dato esecuzione all'ordine di acquisto delle obbligazioni Parmalat Finance Corporation BV per cui è causa.

La tesi difensiva della banca non sfugge, infatti, ai seguenti rilievi: 1) innanzitutto al rapporto negoziale di cui si tratta (e cioè all'ordine di acquisto delle obbligazioni per cui è causa, accettato dalla banca) debbono applicarsi le norme in vigore al momento della sua conclusione (15.1.12002) e non certo quelle anteriori integralmente abrogate o sostituite da discipline successive. La circostanza, peraltro non documentata, che gli attori in data 1.10.1991 ebbero a sottoscrivere altro contratto, del quale non è dato conoscere il contenuto, con il Banco di Sicilia non assume, quindi, alcuna rilevanza al fine di escludere la nullità dell'ordine di acquisto del 15.1.2002; 2) in secondo luogo, il Banco di Sicilia non ha neanche prodotto il contratto asseritamene sottoscritto con gli attori in data 1.10.199, del quale, quindi, non risulta provata né l'esistenza, né l'eventuale contenuto.

Per le esposte argomentazioni deve essere dichiarata la nullità dell'ordine di acquisto delle obbligazioni Parmalat Finance Corporation BV, codice ISIN XS 0132599175, impartito dagli attori al Banco di Sicilia in data 15.1.2002.

Alla superiore declaratoria di nullità consegue la condanna della banca convenuta alla restituzione in favore degli attori della somma di € 10.000,00 corrispondente al valore nominale delle obbligazioni acquistate, oltre interessi legali dalla data dell'investimento (15.1.2002) al soddisfo, considerato il mancato godimento della somma per tale periodo.

La declaratoria di nullità dell'ordine di acquisto del 15.1.2002 fondata sulla mancanza di un preesistente contratto quadro rende superfluo l'esame degli altri motivi di doglianza spiegati dagli attori in citazione.

Devono, invece, essere rigettate le ulteriori domande proposte dal T. e dalla B..

In particolare, per quanto concerne la richiesta di condanna alla rivalutazione monetaria, osserva il Collegio come, trattandosi di debito di valuta, la stessa non possa essere accolta per non avere gli attori fornito prova del maggior danno ex art. 1224, comma II, cc..

Parimenti va rigettata la domanda di condanna al risarcimento dei danni, non avendo gli attori fornito prova alcuna in ordine alla loro effettiva sussistenza, né elementi che possano consentirne una valutazione anche equitativa.

Venendo, infine, ad esaminare le domande riconvenzionali proposte dal Banco di Sicilia ritiene il Tribunale che debba essere accolta quella di condanna degli attori alla restituzione dei titoli in loro possesso, mentre vada rigettata quella di condanna degli attori alla restituzione dei frutti civili, atteso che il banco convenuto non ha provato né che gli stessi siano stati effettivamente percepiti dagli attori, né quale sia stato il loro ammontare.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale, visto l'art. 16 D.L.vo 5/2003, definitivamente pronunziando sulla domanda formulata da T. e B. S. nei confronti del Banco di Sicilia S.p.A. rigettata ogni contraria istanza, eccezione e difesa, così statuisce:

- dichiara la nullità dell'ordine di acquisto del 15.1.2002 delle obbligazioni Parmalat Finance Corporation BV, codice ISN XS 0132599175;
- condanna il Banco di Sicilia S.p.A. a restituire agli attori la somma di € 10.000,00 oltre interessi legali dalla data dell'investimento (15.1.2002) al soddisfo;
- condanna gli attori a restituire al Banco di Sicilia S.p.A. i titoli ancora in loro possesso;
- rigetta ogni ulteriore domanda;
- CONDANNA IL Banco di Sicilia S.p.A. al pagamento in favore degli attori delle spese processuali liquidate in complessivi € 2.842,00, di cui € 185,00 per spese, € 1.800,00 per onorario ed € 857,00 per diritti, oltre IVA e CPA.
La sentenza è esecutiva ai sensi di legge.
Così deciso in Catania il 25.11.2005 nella camera di consiglio della IV sezione civile.

*****

V. Tribunale di Palermo sentenza 17 febbraio 2006. X c. Y, Pres. Monteleone, Est. Galazzi

In tema di responsabilità risarcitoria dell'intermediario per la violazione degli obblighi stabiliti dall'art. 21 D.L.vo 58/98, va premesso che l'onere di provare di aver agito con la dovuta diligenza richiesta dall'operazione conclusa grava sul soggetto convenuto in giudizio dal cliente per i danni cagionati (art. 23 comma 4° T.U.F. che può ritenersi specificazione, in questo particolare settore, di quella desumibile dall'art. 1218 c.c.). In questo caso, l'intermediario non deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile per adempiere l'obbligazione ma deve dar prova di aver agito con la specifica

diligenza, da valutarsi con riguardo all'attività professionale esercitata (art. 1176 II comma c.c.). In caso di pretesa ulteriore di risarcimento del danno (come nel caso di specie), sull'investitore permane l'onere probatorio in punto di danno di nesso di causalità con la allegata violazione.

La mera sottoscrizione da parte del cliente della dichiarazione "lapidaria" "trattasi di operazione non adeguata", essendo tale espressione una mera clausola di stile, non è idonea ad esonerare l'istituto dall'onere di fornire la prova positiva del tipo di informazione concretamente dato.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PALERMO

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 15.2.2004 secondo il rito ordinarie, Xxxx Xxxx conveniva in giudizio avanti questo Tribunale xxxx per sentir dichiarare nullo e/o annullabile c/o inefficace l'acquisto di obbligazioni Argentina 9% 00/03 effettuato in data 12/10/2000 presso la suddetta Banca per il corrispettivo importo di € 12.000,00, ovvero per ottenere la condanna dell'istituto di credito al risarcimento del danno subito per mancata ottemperanza dei doveri sul medesimo incombenti quale intermediario finanziario.

A sostegno della domanda l'attore imputava alla Banca una serie di inadempimenti agli obblighi statuiti dal TUF e dai Regolamenti attuativi.

Più precisamente, esponeva di avere acquistato le suddette obbligazioni su consiglio di tale rag. xxxx,

dipendente dell'istituto di credito convenuto, il quale si era fatto garante della sicurezza e del buon rendimento dell'investimento, avendogli fatto intendere che dette obbligazioni fossero da considerare assimilabili, quanto ad assenza di rischio, ai B.O.T. italiani e che, comunque, era garantito il recupero, alla scadenza, quantomeno del capitale investito.

Sottolineava l'attore che era ben nota all'istituto di credito convenuto, al momento della conclusione del citato contratto di acquisto, la sua scarsa propensione al rischio, peraltro dimostrata dai suoi precedenti investimenti, sempre relativi a titoli di stato ovvero a fondi azionari e bilanciati e lamentava la mancata consegna, al momento del conferimento dell'incarico per la negoziazione, sottoscrizione, collocamento e raccolta di ordini relativi a valori immobiliari avvenuto il 22.10.1993, del documento informativo sui rischi generali correlati agli investimenti finanziari, del contratto di apertura del dossier titoli, della scheda relativa al profilo dell'investitore. Proseguiva, poi, riferendo di avere appreso da organi di stampa della crisi e del deficit finanziario della Repubblica Argentina e del conseguente tracollo delle obbligazioni dalla stessa emesse.

Censurava, invero, sotto diversi angoli visuali il contegno della banca che assumeva contrario alle disposizioni di legge (D.Lgs n. 24.2.1998 n. 58, c.d. TUF) e regolamentari (delibera Consob 1.7.1998 n.11522 e n. 11971/98) disciplinanti la materia con pari forza imperativa, in quanto poste a presidio di interessi generali, taluni di rango costituzionale, facendone discendere il corollario dell'invalidità ed inefficacia del contratto concluso.

Imputava, in particolare, alla banca:

di non aver raggiunto un apprezzabile livello di conoscenza dei prodotti finanziari compravenduti; di aver contravvenuto agli obblighi preliminari alla prestazione dei servizi di investimento proponendo ad un risparmiatore inesperto - senza renderlo edotto del rischio connesso all'investimento, senza segnalargli l'inadeguatezza dell'operazione rispetto alle sue propensioni ed anzi fornendogli dolosamente dichiarazioni fuorvianti - l'acquisto di titoli dei quali era già nota, al momento della vendita all'attore, la scarsa affidabilità; di non aver informato il risparmiatore della precipitosa riduzione del rating dei titoli e dunque del patrimonio investito.

Concludeva quindi chiedendo al Tribunale di "accertare e dichiarare la o inefficacia o annullabilità del contratto di vendita delle obbligazioni argentine per le causali meglio specificate in narrativa, con conseguente condanna della società convenuta alla restituzione del capitale investito in obbligazioni argentine ed al risarcimento danni da liquidarsi secondo equità, oltre interessi e danno da svalutazione monetaria, dal diritto al soddisfo; in linea subordinata, accertare e dichiarare che nella operazione di collocamento delle obbligazioni argentine, la Banca xxxx ha tenuto, per le motivazioni in narrativa, in particolare per la omissione di informazioni doverose, una condotta violativa del dovere di buonafede e dell'obbligo di diligenza specifica (art. 23, comma VI, D.L. vo 58/98; art. 28, comma Il, ed art. 96, comma II, lett. 3 del Consob 1.7.1998; per l'effetto, condannare la convenuta al risarcimento dei danni subiti e subendi, da liquidarsi in misura pari all'investimento sollecitato, oltre interessi e, danno da svalutazione monetaria, dal diritto a

soddisfo, ai sensi dell'art. 1224 c. c.; con vittoria di spese, diritti ed onorari del presente giudizio ".

La Banca si costituiva in giudizio eccependo in via pregiudiziale la mancata instaurazione del giudizio secondo le forme previste dal D.Lgs. 5/2003 e contestando nel merito il fondamento delle avverse pretese e deduzioni.

Confutava documentalmente talune affermazioni dell'attore, evidenziando: -che il Xxxx aveva effettuato, dal 1999 in poi, numerosi movimenti titoli, che ne rendevano evidente la qualità di soggetto provvisto di esperienza di investimento; - che gli era stata correttamente consegnata, al momento della conclusione del contratto per la negoziazione sottoscrizione, collocamento e raccolta di ordini, la documentazione di rito; - che il Xxxx aveva sottoscritto il 22.10.1993 la dichiarazione "di non voler rendere le dichiarazioni in merito agli obiettivi di investimento ed alla esperienza finanziaria"; - che, al momento della conclusione dell'ordine di acquisto in oggetto - una copia del quale era stata consegnata al cliente – questi era stato reso edotto “del contenuto di rischio e di aleatorietà” del presente investimento, dichiarando per iscritto di aver liberamente scelto, nonostante le suesposte indicazioni, di eseguire l’operazione, che era stata altresì espressamente indicata come operazione “non adeguata”.

Rappresentava infine come le informazioni reperibili sul mercato all'epoca dei fatti per cui è causa non delineavano il titolo come altamente rischioso, né lasciavano presagire il crollo della Repubblica Argentina e concludeva chiedendo al Tribunale di "respingere con ogni statuizione le domande attrici, perché infondate in fatto ed in diritto".

Il G.I., con provvedimento del 28.4.2004, disponeva il mutamento del rito e la conseguente cancellazione della causa dal ruolo.

Riassunto il giudizio ed instauratosi il contraddittorio, a seguito di istanza di fissazione di udienza, il Giudice relatore provvedeva come da decreto del 15/1911-2004, disponendo il libero interrogatorio delle parti ed ammettendo le prove testimoniali dalle stesse richieste.

All'udienza collegiale del 10.12.2004, espletato il libero interrogatorio delle parti, tentata, con esito negativo, la conciliazione, il Collegio confermava il decreto del Giudice relatore, delegandolo per l'assunzione.

All'esito della espletata istruttoria, condotta dal Giudice relatore, la causa veniva nuovamente rimessa al Collegio che disponeva consulenza tecnica d'ufficio, all'esito della quale, all'udienza del 17 febbraio 2006, la causa veniva posta in decisione con assegnazione al relatore del termine di cui all'art. 16 comma V D.Lgs. 5/03.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'attore ha avanzato in via preliminare domanda di nullità per violazione da parte dell'istituto di credito convenuto di norme di comportamento previste dal T.U.F. genericamente e complessivamente considerate, che impongono una corretta informativa preventiva da fornirsi al cliente, una valutazione obiettiva e subiettiva del rischio cui egli va incontro nell'acquisto di strumenti finanziari, e, asseritamente, un comportamento successivo all'acquisto. Detta domanda va però rigettata.

La normativa da applicare è quella del T.U.F 24.2.1998 n. 58, disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (di seguito TUF), e del successivo regolamento attuativo del 1.7.1998.

Quest'ultimo è il regolamento CONSOB approvato con delibera 1 luglio 1998 n°11522, avente portata integrativa dei superiori doveri, contenente una precisa e dettagliata prescrizione degli obblighi.
Esaminando questi ultimi, l'art. 21 TUF impone agli intermediari nell'attività di servizi di investimenti ed accessori di: a)comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b)acquisire le informazioni necessarie dai clienti ed operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c)organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento; d)disporre di risorse e procedura, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi; e)svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.
Dal canto suo, l'art. 28 del regolamento impone all'intermediario, prima della stipula del contratto di gestione, di chiedere all'investitore ogni notizia sulla sua propensione al rischio, sulla sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, sulla sua situazione finanziaria, e l'eventuale rifiuto a fornire le predette informazioni deve risultare dal contratto. Ancora, l'intermediario è tenuto a consegnare al cliente il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari.
La tipizzazione dei doveri di diligenza implica l'enucleazione della serie di comportamenti che in concreto l'operatore è tenuto a compiere, al fine di rendere l'operazione il più possibile trasparente e

comprensibile anche ad un cliente scarso conoscitore dei meccanismi del mercato e degli strumenti finanziari. Certamente, la consegna del prospetto informativo del prodotto che il cliente si accinge ad acquistare unitamente alla descrizione verbale delle sue caratteristiche implica adempimento degli obblighi di diligenza. Ulteriori obblighi di carattere più dettagliato mirano a salvaguardare l'investitore da rischi elevati imponendo al soggetto abilitato: a) di acquisire un'adeguata conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi e dei prodotti diversi, propri o di terzi;
b) di non procedere all'investimento se questo si rivela inadeguato alla situazione finanziaria dell'investitore;
c) di non agire in situazioni di conflitto di interessi;
d) di non effettuare operazioni prima di avere assolto prontamente agli oneri di informazione sulla natura dei rischi e sulle implicazioni della specifica operazione;
e) di mettere a disposizione dei clienti i documenti e le registrazioni che li riguardano.
Tutti tali obblighi sono codificati rispettivamente dall'art. 26, comma I, lett. e) reg. Consob 11522/98, dagli artt. 21, comma I, lett. b) T.U.F. e 28, comma I, lett. a) reg. Consob n. 11522/98 e dall'art. 29, comma I reg. Consob 11522/98, ed impongono all'intermediario finanziario di: raccogliere informazioni necessarie dai clienti, richiedendo all'investitore - anche mediante moduli prestampati il cui utilizzo è stato legittimato dalla Consob - informazioni sulla sua esperienza in materia di investimenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, la sua propensione al rischio, annotando l'eventuale rifiuto del cliente a rendere le risposte; astenersi

dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni, anche se espressamente impartite dal cliente, rispetto a costui non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza e dimensione, salvo la ripetizione scritta dell'ordine preceduta dall'esplicazione delle ragioni di inadeguatezza.
La finalità di tutti tali doveri è il raggiungimento di un fine superiore, configurato nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato (art. 21, comma I, lett. a T.U.F. ed art. 26, comma I, del. Consob 11522/98), ovvero quello di assicurare correttezza e trasparenza dell'attività di intermediazione: la corretta interpretazione delle preferenze di investimento dei risparmiatori e la ponderata valutazione dei rischi da parte di costoro riducono l'alea connessa agli investimenti finanziari entro quella connaturata, e perciò insopprimibile, alle operazioni eseguite sul mercato dei valori mobiliari, ed elidono, tendenzialmente, il rischio non necessario, evitando che questo sia addossato in modo inconsapevole al risparmiatore.
Proprio la violazione di tali doveri comporta, secondo un indirizzo giurisprudenziale, la nullità dei relativi contratti conclusi e ciò in considerazione della peculiare rilevanza degli interessi protetti di natura pubblicistica, identificabili con la tutela dei risparmiatori, soggetti deboli e in forte asimmetria informativa rispetto agli operatori abilitati, del risparmio pubblico, della correttezza ed efficienza del mercato dei valori mobiliari (Cass. 07/03/2001 n° 3272; Trib. Mantova 18/03/2004). Dalla qualificazione in termini di norma imperativa di legge dei precetti comportamentali che sovrintendono all'operato degli intermediari finanziari discenderebbe, ai sensi dell'art. 1418, comma I e III c.c., l'affermazione di

nullità degli atti negoziali conclusi in loro dispregio; e da tali orientamenti giurisprudenziali discende la domanda di nullità proposta dagli attori. Questo Tribunale ritiene di non (più) condividere l'interpretazione appena richiamata, anche sulla scorta del più recente arresto del Supremo Collegio (Corte di Cassazione sez. I civ. 29 settembre 20015) che, con riferimento alle nullità cd. virtuali" derivanti da clausole negoziali contrarie a norma imperative, ha evidenziato
che la nullità del negozio può essere determinata solamente dalla violazione che incide sul contenuto obiettivo dello stesso, non anche da quella relativa alla condotta prenegoziale o della fase esecutiva posta in essere da taluna delle parti. La nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c. c. postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi.
Proprio la netta distinzione, che caratterizza le norme sopra riportate, tra adempimenti prescritti a pena di nullità ed altri obblighi di comportamento pure posti a carico dell'intermediario impedisce una generalizzata qualificazione di tutta la disciplina dell'intermediazione mobiliare come di ordine pubblico e, ultimamente, presidiata dalla cd. nullità virtuale di cui all'art. 1418 c.c.. Di

conseguenza, non può sanzionarsi con la nullità il negozio ove risulti inosservato l'obbligo informativo perché l'informazione non assurge a requisito dell'atto a pena di nullità, ma anzi, per quanto discende dalle norme del T.U.F. richiamate, qualifica il comportamento dell'operatore finanziario, con condotta da valutare in termini di diligenza nella fase delle trattative o dell'adempimento.

In altri termini, dette norme non sono che una specificazione dei principi generali in tema di informazione e correttezza, già sanciti dagli artt. 1337 e 1375 c.c., alla cui violazione segue solo l'esperibilità del rimedio della risoluzione e/o risarcitorio, nonché - sussistendone eventualmente i presupposti -1'applicazione delle sanzioni penali ed amministrative previste a carico dell'intermediario.

Tale opzione interpretativa, tra l'altro, non si pone in contrasto con le esigenze di tutela dell'investitore sottese alla predisposizione degli obblighi imperativi di cui all'art. 21 d. lgs. 58/98 e della conseguente normativa regolamentare, tenuto conto che essa consente il pieno ristoro del pregiudizio da questi patito mediante !'esperimento dell'azione risarcitoria e/o di risoluzione per inadempimento.

Pertanto, la domanda in punto di nullità va disattesa.

Passando alla questione relativa alla eventuale responsabilità risarcitoria della banca per l'allegata violazione degli obblighi stabiliti dall'art. 21 D.L.vo 58/98 va premesso che l'onere di provare di aver agito con la dovuta diligenza richiesta dall'operazione conclusa grava sul soggetto abilitato, a norma dell'art. 23, comma VI, T.U.F.

(norma che può ritenersi specificazione, in questo particolare settore, di quella desumibile dall'art. 1218 c.c.), convenuto in giudizio dal cliente per i danni a questi cagionati. In questo caso, l'intermediario non deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile per adempiere l'obbligazione ma deve dar prova di aver agito con la specifica diligenza, da valutarsi con riguardo all'attività professionale esercitata (art. 1176, II comma c.c.). In caso di pretesa ulteriore di risarcimento del danno (come nel caso di specie), sull'investitore permane l'onere probatorio in punto di danno di nesso di causalità con la violazione dei doveri allegata.

Tornando ai doveri imposti alla banca, esaminandoli in ordine temporale, essi si sostanziano, come sopra detto, nel dovere di informarsi e di informare il cliente, nonché nel dovere di non procedere all'investimento se questo si rivela inadeguato alla situazione finanziaria dell'investitore e nel non effettuare operazioni prima di avere assolto prontamente agli oneri di informazione sulla natura dei rischi e sulle implicazioni della specifica operazione.

Nel caso di specie, il profilo di inadempimento che porta il Collegio all'accoglimento della domanda di risarcimento del danno è appunto quello sollevato da parte attrice in relazione alla mancata valutazione di non adeguatezza dell'operazione rispetto alle qualità del cliente - attore, a sua volta da porre in relazione alla mancata puntuale informazione resa al Xxxx circa l'operazione da questi eseguita.

Potendosi inquadrare lo schema negoziale posto in essere dalle parti nel contratto di mandato, in ragione del profondo divario di informazioni e

cognizioni tecniche possedute dalle parti, con il mandante in posizione di netto svantaggio sul mandatario, quest'ultimo è tenuto, usando della diligenza del professionista avveduto, ad indirizzare le scelte del risparmiatore ed a segnalargli l'eventuale inadeguatezza delle operazioni che intenda comunque compiere, illustrandogliene i motivi. E ciò la banca dovrà fare anche a fronte, come nel caso di specie, del rifiuto del cliente di fornire Il proprio profilo di rischio, valutando in modo obiettivo la propensione al rischio del cliente e, quindi, soprattutto, tenendo conto del pregresso operare del cliente medesimo (e questa interpretazione dei doveri dell'intermediario è stata fatta propria dalla stessa Consob che, nella comunicazione DI/30396 del 21.4.2000 ha affermato: "in nessun caso gli intermediari sono esonerati dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione disposta dai clienti, neanche nel caso in cui l'investitore abbia rifiutato di fornire le informazioni sulla propria situazione patrimoniale e finanziaria, obiettivi di investimento e propensione al rischio; nel caso, la valutazione andrà condotta in ossequio ai principi generali di correttezza, diligenza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui l'intermediario sia in possesso").

Orbene, dall'esame del pregresso operare dell'attore - che può facilmente evincersi dal portafoglio titoli che si legge al documento 13 prodotto dalla stessa convenuta -emerge che, a fronte di investimenti per € 38.424,19 in BTP - Titoli di Stato e di € 10.700,00 in quote di Fondi Comuni, l'investimento di € 12.000,00 in obbligazioni della Repubblica Argentina costituisce una nota dissonante, un

titolo speculativo acquistato, in rapporto alla entità del denaro investito, in rilevante quantità. Che poi la convenuta non si sia comportata in conformità di quanto prescritto dal regolamento Consob emerge dalle risultanze dell'indagine svolta dal c.t.u.: al momento dell'acquisto - avvenuto il 12.10.2000 - , ai titoli del debito argentino le maggiori agenzie internazionali avevano attribuito il rating (con andamento progressivamente negativo: cd. *downgrading*) "BB" sia da Standard & Poor's che da Fitch e B1 da Moody's. Va sul punto precisato che, nella valutazione di Standard & Poor's il *rating* BB sta ad indicare un titolo "speculativo che nell'immediato presenta minore vulnerabilità al rischio di insolvenza rispetto ad altre emissioni speculative, tuttavia grande incertezza ed esposizione ad avverse condizioni economiche e settoriali"; per Fitch il rating BB sta invece ad indicare "un crescente rischio di credito, in particolar modo di fronte a condizioni economiche avverse; sono titoli sicuramente speculativi"; infine, il *rating* B1 per Moody's esprime "obbligazioni speculative il cui rischio di credito è elevato; sono obbligazioni che non possono definirsi desiderabili; l'aggiunta del numero 1 significa che l'emissione obbligazionaria si colloca all'estremo superiore della categoria": in pratica, per tutte le agenzie sopra menzionate, i titoli classificati con quel tipo di *rating* sono considerati "*not investment grade"* (ovvero *high yeld o junk*)" in quanto presentano, in linea generale, un elevato rischio di non incassare cedole e/o capitale a scadenza, tanto che molte società di gestione dei fondi comuni di investimento sono obbligate a non includere nel proprio portafoglio titoli con rating

che appartengono alla categoria cd. speculativa (v. pg. 11 della relazione tecnica).
In ultima analisi, al momento del loro acquisto, i titoli argentini erano già considerati ad elevato rischio di rimborso dovendosi evidenziare inoltre che, nel corso del 2001, le agenzie avevano rivisto in senso negativo il loro giudizio sull'affidabilità ad onorare gli impegni da parte dello stato argentino: la banca, allora, avrebbe dovuto fornire una completa informazione circa i rischi connessi a quella specifica operazione che l'attore intendeva porre in essere (obbligo imposto dall'art. 28, co. II, del regolamento Consob n. 11522; v. anche art. 11, co. I direttiva 93/22 CEE dei 10-5-1993), dovendo l'intermediario finanziario agire con la diligenza dell'operatore particolarmente qualificato (cfr. artt. 21 lett. a) d. lgs. 58/98, 26 lett. e) reg. Consob cit. e 1176, II co. c.c.) nell'ambito di un rapporto in cui gli è imposto di tutelare l'interesse dei clienti (v. artt. 47 Cost., 5 e 21 lett. a) del d. lgs. 58/98), obbligo implicante l'indicazione, non generica, della natura altamente rischiosa dell'investimento secondo la valutazione operata dalle maggiori agenzie specializzate in materia, dato questo che la banca è tenuta a conoscere e, quindi, a comunicare al cliente al fine di consentirgli di effettuare una scelta consapevole, dovendosi in proposito ritenere che la valutazione del titolo da parte del mercato costituisca fattore rilevante (c.d. *material fact* secondo l'espressione usata dalla giurisprudenza nordamericana) in quanto idoneo ad influenzare il processo decisionale dell'investitore. Nel caso di specie, invece, l'esame del dipendente della banca, xxx, ha confermato che questi esternò al Xxxx la rischiosità del titolo, senza però specificamente informarlo dei *rating* – e quindi delle valutazioni

delle agenzie ufficiali – né tanto meno informandolo espressamente dell'inadeguatezza dell'operazione: infatti, a fronte della intervenuta sottoscrizione della dichiarazione lapidaria "trattasi di operazione non adeguata" (si tratta infatti di una mera clausola di stile tale da non esonerare l'istituto dall'onere di fornire la prova positiva del tipo di informazione concretamente dato), è lo stesso dipendente della banca ad avere ammesso di "avere cercato assieme al cliente qualcosa di più redditizio" rispetto ai fondi comuni che l'attore aveva presso l'istituto di credito e che davano bassi rendimenti, illustrandogli varie possibilità ed i rischi connessi, senza quindi indicare la "non adeguatezza" dell'operazione poi conclusa, ma anzi concretamente ritenendo detta operazione adeguata, in quanto proposta al cliente con altre, ma non specificate, diverse soluzioni.

La banca convenuta non ha quindi offerto la prova liberatoria cui era tenuta.

Ritiene conclusivamente il Collegio che sussista un inadempimento colpevole della Banca convenuta in riferimento alla vicenda in esame, non tale da giustificare la risoluzione del contratto (domanda, peraltro, non proposta), ma certamente idonea a fondare la pretesa risarcitoria.

Non avendo le parti attrici allegato e provato l'esistenza di ulteriori danni, tale risarcimento andrà limitato alla misura di € 12.000,00 pari alla somma impiegata per l'acquisto rivelatosi del tutto insoddisfacente, oltre gli interessi legali dalla data della citazione sino al completo soddisfo (tali da compensare anche il danno da ritardato ristoro).

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P. Q. M.

Il Tribunale di Palermo, Terza Sezione Civile, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione respinta, definitivamente pronunciando sulle domande proposte da Xxxx Xxxx con atto di citazione notificato il 15.2.2004, così provvede:

- in parziale accoglimento delle domande proposte da Xxxx Xxxx, condanna Banca xxxxx per le causali di cui in motivazione, al pagamento in favore dell'attore della somma di € 12.000,00, oltre interessi legali dalla data della domanda al saldo;
- rigetta ogni altra domanda;
- condanna altresì l'istituto di credito convenuto alla rifusione in favore dell'attore delle spese del giudizio, liquidate in complessivi € 4.090,00, di cui € 3.000,00 per onorari, € 935,00 per diritti, € 155,00 per spese, oltre i.v.a e c.p.a. come per legge e spese generali secondo tariffa su diritti ed onorari, ed oltre al pagamento delle spese di c.t.u. definitivamente poste a carico dell'istituto di credito convenuto.

Così deciso in Palermo il giorno 17.2.2006

*****

VI. Tribunale di Termini Imerese, sentenza 7 marzo 2006, D.R.R. (Avv. G. Mattini) c. Banca Monte dei Paschi di Siena, Pres. Guarnotta, Est. Piazza

In considerazione del profondo divario di informazioni e cognizioni tecniche possedute dalle parti, con il mandante in posizione di netto svantaggio sul mandatario, quest'ultimo è tenuto, usando la diligenza del professionista avveduto, ad indirizzare le scelte del risparmiatore e a segnalargli l'eventuale inadeguatezza delle operazioni che

intenda comunque compiere, illustrandogliene i motivi.

Deve ritenersi inadeguata l'operazione di acquisto di obbligazioni argentine da parte di investitore che abbia sempre investito i propri risparmi in titoli di stato. Non è indice di maggiore propensione al rischio la circostanza che successivamente alle operazioni in obbligazioni argentine l'investitore medesimo abbia acquistato anche obbligazioni brasiliane.

La finalità perseguita dal legislatore mediante l'imposizione all'intermediario dei doveri informativi e di comportamento previsti dalle norme del T.U.F. è quella di assicurare correttezza e trasparenza all'attività di intermediazione e di evitare che il rischio connesso alle operazioni di investimento sia addossato all'investitore inconsapevole. Da ciò consegue che la violazione di tali doveri contrattuali comporta la nullità dell'operazione eseguita.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI TERMINI IMERESE

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato alla Banca Monte dei Paschi di Siena in data 15.10.04 e depositato presso la cancelleria del Tribunale di Termini Imerese, unitamente al fascicolo e alla nota di iscrizione a ruolo, nel termine prescritto dall'art. 3, comma 1, D.Lgs n.5/03, DRR esponeva di avere acquistato, su suggerimento della vice direttrice della filiale di XX della Monte dei Paschi di Siena, tale XX, la quale si era fatta garante della sicurezza e del buon rendimento dell'investimento,

obbligazioni emesse dalla Repubblica Argentina al tasso dell' 11 %. Deduceva, ancora, di avere consultato un sito internet *"tradinglab*"", e aveva prospettato alla XX la possibilità di acquistare le medesime obbligazioni ad un tasso dell' 11,75%, ma gli veniva risposto che tali obbligazioni non si trovavano nel paniere titoli della banca e che pertanto si dovesse ripiegare su quelle ad un tasso dell' 11 % presenti invece nel portafoglio titoli della banca. Soggiungeva, ancora, di avere rappresentato più volte alla dott.ssa xx la indisponibilità ad un investimento rischioso e speculativo, ma rassicurato, dava l'ordine alla Banca di procedere all'acquisito delle dette obbligazioni per un valore nominale di euro 14.000,00. Lamentava la mancata consegna del documento informativo sui rischi generali correlati agli investimenti finanziari e della scheda recante gli obbiettivi di investimento e il profilo rischio dell'investitore.

Proseguiva riferendo che, avuta conoscenza del disastroso deficit finanziario della Repubblica Argentina e compromessa la possibilità di percepire gli interessi e di recuperare il capitale investito, chiedeva la condanna della banca alla restituzione dell'importo riversato nell'acquisto, al risarcimento del danno conseguente. Censurava, invero, sotto diversi profili il contegno dell'Istituto di Credito che assumeva contrario alle disposizioni di legge (D.Lgs n.58/1998) e regolamenti (delibera Consob 1.07.1998 n. 1522), disciplinanti la materia con pari forza imperativa, in quanto poste a presidio di interessi generali, taluni di rango costituzionale, facendone discendere il corollario dell'invalidità ed inefficacia del contratto concluso. Imputava alla Banca in particolare:

- di non avere raggiunto un apprezzabile livello di conoscenza del prodotto finanziario compravenduto;
- di avere contravvenuto agli obblighi preliminari alla prestazione dei servizi di investimento, proponendo ad un risparmiatore inesperto - senza renderlo edotto del rischio connesso all'investimento, senza segnalargli l'inadeguatezza dell'operazione rispetto alle sue propensioni ed anzi fornendogli dolosamente dichiarazioni fuorvianti - l'acquisto di titoli emessi da uno stato estero, ove non vigevano gli stringenti limiti all'emissione di prestiti obbligazionari dettati dal codice civile italiano a garanzia della restituzione, privi di prospetto informativo in quanto destinati ad un pubblico di investitori professionale;
- di non avere rappresentato che l'operazione di acquisto assumeva le caratteristiche di operazione non adeguata per tipologia frequenza o dimensione avendo l'Argentina nei confronti dell'Italia un elevato indebitamento;
- di avere agito in conflitto di interessi cedendo al cliente strumenti finanziari già in suo possesso, senza informare per iscritto l'investitore e senza acquisirne il consenso;
- di non avere informato il cliente della classificazione di elevata speculatività in ragione all'elevato rischio di insolvenza dell'emittente già conosciuta all'epoca dell'ordine di acquisto tra gli operatori specializzati in virtù del crollo del rating del titolo avvenuto e divulgato tra gli operatori del settore in periodo antecedente all'acquisito.

Ritualmente costituitasi con comparsa notificata il 15.12.2004 e successivamente depositata, la Monte dei Paschi di Siena chiedeva il rigetto delle domande.

Confutava talune affermazioni dell'attore, evidenziando come era stato lo stesso DRR ad insistere affinché si procedesse all'acquisito delle obbligazioni argentine perché ad elevato rendimento e che lo stesso attore era stato reso edotto dei rischi connessi all'investimento; aggiungeva che all'epoca dell'acquisto i titoli compravenduti erano quotati dall'agenzia Standard & Poor's come "BB" in linea con numerosi altri "bond" di stati stranieri per i quali non vi era alcun default e ancora negoziati sui mercati finanziari, mentre l'effettivo default avvenne a partire dal 9.10.2001 con un valutazione come "CCC+". Evidenziava ancora come dal contratto sottoscritto il 1.06.2001 emergesse non solo la eseguita rilevazione del profilo dell'investitore - la sua situazione finanziaria, le sue esperienze, il grado di propensione al rischio - e dei suoi doveri di investimento, ma anche l'avvenuta consegna del documento esplicativo dei rischi generali degli investimenti ed ancora come con l'ordine di acquisto l'attore era stato reso edotto delle modalità di esecuzione dell'acquisito operate dalla banca, mediante consegna della dichiarazione per operazione in conflitto di interesse. Segnalava, ancora, come i titoli non si trovavano nel portafoglio clienti della banca, ma erano stati tratti dal proprio paniere titoli. Assunte alcune prove testimoniali come ammesse con decreto di fissazione di udienza del 3.05.05, confermato dal Collegio all'udienza del 5.07.05, disposta l'esibizione dell'originale del documento relativo all'ordine di acquisto prodotto in copia da parte attrice e autorizzata la produzione della c.t.u. espletata nel procedimento pendente dinanzi al Tribunale di Palermo sez. terza civ., n.r.g.

7374/04, all'udienza del 7.03.2006 la causa veniva posta in decisione con assegnazione al relatore del termine di cui all'art. 16 comma V D.Lgs 5/03.

MOTIVAZIONE

Preliminarmente, va osservato che le note conclusionali, depositate da parte convenuta il 23.02.2006, devono ritenersi ammissibili, atteso il disposto dell'art. 12 del D.Lgs 5/03, che prevede la facoltà delle parti di depositare, nel termine di cinque giorni prima dell'udienza di discussione, note conclusionali. Sebbene, nella fattispecie, tale facoltà non sia stata autorizzata espressamente dal giudice relatore con il decreto di fissazione di udienza collegiale, ritiene il Tribunale che non v'è nessuno ostacolo normativo che impedisca alle parti comunque di avvalersi di un facoltà prevista dalla legge. Alla delibazione delle domande dell'attore, cui è sottesa sotto diversi profili l'invalidità del negozio di acquisto delle obbligazioni argentine e la assunta responsabilità precontrattuale della banca, è opportuno premettere qualche considerazione sulla struttura dei rapporti negoziali intercorsi tra le parti. Compendiando i dati che si ritraggono dalla produzione documentale e dalle dichiarazioni rese dai testi escussi, risulta acclarato che, in data 1 giugno 2001, D.R.R. sottoscrisse un contratto di intermediazione mobiliare e deposito titoli a custodia ed amministrazione, in forza del quale risultava autorizzato ad impartire alla Monte dei Paschi di Siena, - alla quale aveva contestualmente reso informazioni sulla propria situazione finanziaria e i propri obbiettivi di investimento - ordini per la negoziazione di strumenti finanziari.

Tale contratto istitutivo, per la parte che qui viene in rilievo, di un mandato avente ad oggetto la

prestazione di servizi di investimento, sub specie di negoziazione ex art. 32 delib. Consob 1.07.1998 n. 11522, costituisce dunque la cornice negoziale alla quale si correlano le singole operazioni che con l'intervento dell'intermediario l'attore compì, ovvero l'acquisto di obbligazioni argentine e successivamente di obbligazioni brasiliane. Ricorrono, pertanto, sia nella fattispecie che in termini generali due piani negoziali tra loro collegati: il conferimento del mandato e l'attuazione del servizio di investimento, prima e in vista del compimento del quale l'intermediario è tenuto a partecipare al cliente le informazioni in suo possesso "la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento" (art. 28, comma II, delibera Consob. 1.07.1998). Poiché, dunque, le parti sono già legate da un rapporto negoziale, di cui l'acquisto di prodotti finanziari costituiscono atti esecutivi, il rilievo in sé delle anteposizioni delle singole informazioni rispetto al compimento della singola operazione non è sufficiente ad invocare l'operatività della responsabilità pre-contrattuale, pure invocata dall'attore.

La problematica, pertanto, va ricondotta nell'ambito della responsabilità contrattuale e qualificata come azione di inadempimento per violazione dei doveri di diligenza imposti all'intermediario dalla legge. Tali doveri, disciplinati in modo peculiare dal legislatore, integrano il contenuto della prestazione gravante sull'intermediario. Così qualificata la domanda, va accolta per i motivi di seguito indicati. In considerazione del profondo divario di informazioni e cognizioni tecniche possedute dalle parti, con il mandante in posizione di netto svantaggio sul

mandatario, quest'ultimo è tenuto, usando la diligenza del professionista avveduto, ad indirizzare le scelte del risparmiatore e a segnalargli l'eventuale inadeguatezza delle operazioni che intenda comunque compiere, illustrandogliene i motivi.

Le regole che sovrintendono la fase costituiva del contratto e quella prodromica al compimento delle singole operazioni di investimento, denominate con terminologia inglese *know your customer rule* e *suitability rule*, sono codificate rispettivamente dall'art. 26, comma I, lett e) reg. Consob 11522/98 dagli artt. 21, comma I lett. b) T.U.F. e 28, comma I letta) reg. Consob n. 11522/98 e dall'art. 29 comma I reg. Consob. 11522/98 ed impongono all'intermediario di:

- acquisire un adeguata conoscenza degli strumenti finanziari dei servizi e dei prodotti diversi, propri o di terzi;
- raccogliere informazioni necessarie dai clienti, richiedendo all'investitore informazioni sulla sua esperienza in materia di investimenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obbiettivi di investimento, la sua propensione al rischio, annotando l'eventuale rifiuto del cliente a rendere le risposte; astenersi dall'effettuare, con o per conto degli investitori operazioni anche se espressamente impartite dal cliente, rispetto a costui non adeguate, per tipologia, oggetto frequenza e dimensione, salva la ripetizione scritta dell'ordine, preceduta dall'esplicazione delle ragioni dell'inadeguatezza. Il nesso di strumentalità tra tali doveri è palese se si considera che la finalità perseguita dal legislatore è quella di assicurare correttezza e trasparenza all'attività di

intermediazione ed evitare che il rischio connesso alle operazioni di investimento sia addossato in modo inconsapevole al risparmiatore. La violazione di tali obblighi contrattuali determina la nullità dell'operazione eseguita.
La sanzione non è posta espressamente dalla legge, ma la si ricava agevolmente secondo quanto con continuità affermato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito (Cass. 7.03.2001 n.3272, Trib. Treviso 16.12.2004, Trib. Palermo 16.03.2005), proprio in considerazione degli interessi pubblicistici sottesi all'impianto normativo e identificabili nella tutela dei risparmiatori *uti singoli*, del risparmio pubblico, come elemento di valore dell'economia, della stabilità del sistema finanziario, dell'efficienza del mercato dei valori mobiliari, con vantaggi per le imprese e per la economia pubblica (in questi termini Cass. 7.03.2001 n.3272). Dalla qualificazione come norma imperativa di legge ai sensi dell'art.1418 comma I e III c.c., ne discende l'affermazione di nullità degli atti negoziali conclusi in loro dispregio. L'onere della dimostrazione di avere agito con la specifica diligenza richiesta è addossato dall'art. 23, comma VI, T.U.F. al soggetto abilitato all'esercizio dell'attività, che sia stato convenuto in giudizio dal cliente per il risarcimento dei danni risentiti nello svolgimento dei servizi di investimento. Nella fattispecie, dalla documentazione acquisita e dalle prove assunte, non è emerso in primo luogo che all'attore sia stato sottoposto il questionario della banca in ordine alla propria situazione finanziaria e ai propri obbiettivi di investimento, sebbene risulta che lo stesso ebbe a riferire alla XXX (operatrice che ha curato l'investimento), di avere interesse all'acquisto di

titoli ad elevato rendimento, e di avere posseduto in passato obbligazioni dello stato Italiano (BOT). Il profilo che comunque emerge è quello di un risparmiatore con scarsa esperienza pregressa e limitata propensione al rischio anche in considerazione della circostanza che in passato aveva effettuato soltanto acquisto di BOT. II rilievo, poi, che l'attore avesse effettuato per suo conto una ricerca sui siti internet relativa all'investimento da compiere, e di avere rappresentato all'istituto di credito la volontà di volere acquistare obbligazioni estere in quanto ad elevato rendimento, non dimostra di per sé il grado di conoscenza degli strumenti finanziari, anzi attesta la difficoltà dell'attore di cogliere il legame tra investimento a rendimento elevato e investimento ad alto rischio. L'investimento per cui è causa deve invero ritenersi incongruo rispetto al profilo dell'investitore, sol che si osservi, utilizzando i dati ritraibili dalle dichiarazioni rese dai testi escussi e dalla documentazione versata in atti, che l'attore non era propenso ad un investimento ad alto rischio, ma aveva soltanto interesse ad effettuare una operazione redditizia e sicura. Va ancora rilevato che, da quello che è emerso all'esito dell'istruttoria condotta, alle obbligazioni compravendute all'epoca della negoziazione ma già in precedenza a far data dal giungo 2000, veniva assegnato dalle agenzie di valutazione il rating di obbligazioni altamente speculative con rischio di credito elevato ed esposte ad avverse condizioni economiche finanziarie e settoriali, condizione che si è andata via via aggravando fino al crack finale nell'ottobre del 2001 e mai comunicata all'investitore.Il prospetto relativo al rating di investimento a norma Consob era conosciuto dagli istituti di credito collocatori

ma non è stato diffuso né data contezza agli investitori. Né è consentito alla banca trincerarsi dietro l'allegazione dell'imprevedibilità del crack finanziario dello stato argentino essendo essa tenuta, secondo quanto sopra rilevato, all'osservanza della regola del "*know your mechandise rule*", e non avendo dimostrato, come era suo onere fare, la diligenza profusa nell'acquisizione di cognizioni circa le caratteristiche del prodotto finanziario e non ultimo nella rappresentazione all'investitore. È, inoltre, opportuno evidenziare come l'obbligo di informazione nei confronti del cliente non può ritenersi assolto per effetto della indispensabile, ai fini della validità del negozio, consegna del prospetto informativo sui rischi generali di investimento.

La consegna di tale documento, nel caso di specie comprovata, vale soltanto a colmare il divario del bagaglio informativo tra le parti, ma non può in alcun modo essere valutata alla stregua di una presunzione di consapevolezza da parte del consumatore delle informazioni ivi contenute. Non può, infatti, non evidenziarsi, da un Iato, la incomprensibilità, almeno nell'immediato, dei concetti ivi espressi e, dall'altro, la genericità del contenuto tendente ad illustrare le caratteristiche delle diverse tipologie di strumenti finanziari ed i rischi a ciascuna astrattamente connessi, mancando, invece, qualsiasi riferimento all'oggetto della singola negoziazione. Sebbene, nel documento prodotto in atti, è dato leggere espressamente: "dichiaro di avere ricevuto informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni dl presente ordine", tuttavia, nessun concetto che faccia riferimento ai rischi e alle caratteristiche dei

titoli negoziati è contenuto nell'allegato informativo, pure versato in atti. Né, di contro, la banca ha dimostrato di avere aliunde fornito all'investitore informazioni esaustive sulla tipologia di negoziazione, fuorché quanto ha riferito la teste XXX, ovvero che le obbligazioni Argentine, essendo emesse da un paese estero, avevano in sè un rischio maggiore connesso alla valuta di cambio. Alla luce di ciò, la domanda di nullità non può che essere accolta e ciò solleva dalla necessità di esaminare gli ulteriori profili di invalidità della convenzione negoziale rappresentati dall'attore, potendosi unicamente soggiungere che difetta la prova degli artifici e raggiri usati dal promotore finanziario il cui onere, in base all'art. 2697 c.c., gravava sull'attore non vertendosi nell'ambito tracciato dall'art. 23, comma VI, D.Lgs 58/98. La declaratoria di nullità del contratto obbliga le parti alla ripetizione delle prestazioni rispettivamente ricevute, sia con riguardo all'attribuzione patrimoniale principale, che a quelle accessorie. Consegue l'obbligo della Monte dei Paschi di Siena di rifondere la somma euro 14.000,00 (tale in effetti fu l'importo sborsato dall'attore).

A tale sanzione si accompagna, in ossequio alle previsioni dell'art.1453 c.c., l'obbligo della banca di risarcire i danni derivati dal proprio inadempimento al contratto di mandato per la prestazione dei servizi di investimento e quello del risparmiatore di restituire i titoli obbligazionari in suo possesso. L'entità del danno in effetti patito deve essere dimostrata dal creditore e in difetto può essere liquidata equitativamente dal giudice. Nella specie non occorrono presunzioni logiche per affermare che il DRR avrebbe fatto un uso proficuo della somma di euro 14.000,00, poiché infatti lo

stesso si era rivolto all'istituto di credito per investire il guadagno ritratto dal proprio precedente investimento in BOT di Stato. Ancora una volta è ragionevole affermare, sulla scorta di quanto emerso all'esito dell'istruttoria condotta che l'investitore, ove fosse stato correttamente scoraggiato dall'acquisto di obbligazioni argentine, avrebbe indirizzato le proprie scelte verso titoli più sicuri. La circostanza poi che il D.R.R. ebbe ad acquistare successivamente obbligazioni Brasiliane, non dimostra di per sé la volontà dell'investitore di indirizzare i suoi risparmi su tale tipologia di investimento, ma soltanto la propensione ad effettuare operazioni che avessero un buon rendimento (come pure confermato dai testi escussi). Consegue che, in assenza di altri elementi e tenuto conto che in passato l'attore aveva investito i suoi risparmi in BOT di Stato, appare verosimile che ove fosse stato correttamente allertato, avrebbe confermato tale tipologia di investimento. Poiché il rendimento dei buoni del tesoro si attesta su valori moderati, consegue che la Monte dei Paschi di Siena va condannata al pagamento sull'importo di euro 14.000,00 degli interessi al saggio legale dal dì dell'esborso sino a quello dell'effettivo soddisfo.

Infine, le spese di lite seguono la soccombenza e vanno liquidate in complessive euro 2500,00 di cui euro 1350,00 per onorari euro 1000,00 per diritti di procuratore ed euro 150,00 per spese vive oltre iva e cpa come per legge.

P.Q.M.

in parziale accoglimento delle domande proposte da DRR con atto di citazione notificato il 15.10.2004, dichiara la nullità del contratto di vendita delle obbligazioni argentine al 11% stipulato il 1 giugno

2001; condanna la Monte dei Paschi di Siena alla restituzione in favore dell'attore della somma di euro 14.000,00, maggiorata degli interessi al saggio legale dal 1.06.2001 sino all'effettivo soddisfo; obbliga DRR alla restituzione dei titoli in suo possesso; condanna la Monte dei Paschi di Siena alla rifusione in favore dell'attore delle spese del giudizio liquidate in euro 25.00,00 di cui euro 1350,00 per onorari euro 1000,00 per diritti di procuratore ed euro 150,00 per spese vive oltre iva e cpa come per legge.

*****

VII. Tribunale di Marsala, sentenza 12 luglio 2006, G.R.T. +5 c. SANPAOLO IMI S.p.A., Pres. Giamo, Rel. Sala

Le norme di settore relative ai doveri informativi dell'intermediario finanziario sono norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c. tenuto conto della natura pubblica o generale degli interessi tutelati: tutela del risparmio ed integrità dei mercati (art. 47 Cost.; art. 5 T.U.F. sui poteri di vigilanza attribuiti alla Banca d'Italia ed alla Consob; art. 21 lett. a. T.U.F.). Ne deriva che la loro violazione comporta la nullità dei contratti di negoziazione stipulati in violazione delle norme medesime.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MARSALA

(*Omissis*)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 26 gennaio 2005, G.R.T., G. V., G. G., G. I., G. R., G. G., in qualità di eredi della madre F. M., nonché G. M. M., in proprio e quale erede della madre, convenivano in giudizio, dinanzi a questo Tribunale, nelle forme e secondo il rito di cui agli artt. 2 e ss. D.lgs. n. 5/03, la banca SANPAOLO IMI S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore.

Esponevano che in data 25.10.1990, G. M. M., unitamente alla madre F. M., deceduta il ***, aveva concluso un contratto di deposito amministrativo n. ***, presso la filiale di C. dell'Istituto Sanpaolo IMI S.p.A., ed assistito dal conto n.***, identicamente intestato; che le stesse, in data 2.8.1993, avevano sottoscritto il contratto per la negoziazione e raccolta ordini; che nel corso di tale rapporto, in data 7.02.2001, su proposta dell'impiegato addetto all'attività di consulenza e che aveva prospettato l'investimento "come sicuro e privo di rischi" (pag. 2 atto di citazione), si erano determinate all'acquisto di obbligazioni CIRIO 6,25 01/04, per un importo di € 67.000,00.

Con riferimento all'investimento obbligazionario, gli attori imputavano alla banca convenuta l'inosservanza di una serie di norme contenute nel d.lgs. del 24.2.1998 n. 58 (artt. 21, 23) e nel Regolamento Consob n. 11522 di attuazione, adottato dalla Consob con delibera del 1.7.1998 (artt. 27, 28, 29).

Dopo aver premesso che i titoli in oggetto erano risultati privi di prospetto informativo approvato dalla Consob, privi di *rating* ufficiale, - implicitamente definito dagli "addetti ai lavori" quale *speculative grade*, tipico di titoli destinati non a semplici risparmiatori ma ad investitori con

alta propensione al rischio,- destinati esclusivamente agli investitori istituzionali e non collocabili presso la clientela retail, ossia presso i piccoli risparmiatori, attribuivano, in particolare, alla convenuta, la violazione del dovere di diligenza e trasparenza, nel servizio di investimento, nonché del dovere di informazione attiva e passiva, per non avere fornito, alle acquirenti G.F., informazioni dettagliate circa le reali caratteristiche del prodotto finanziario offerto ed i rischi connessi all'investimento, (art. 21, lett. b, d.lgs. n. 58/98) e per non avere consegnato alcun documento informativo relativo all'operazione, (art. 28, co. I, lett. b, regolamento Consob n. 11522/98).

Tenuto conto delle caratteristiche intrinseche dei titoli, gli attori, addebitavano ancora alla banca, la violazione dell'art. 29 regolamento Consob, per avere eseguito una operazione ritenuta inadeguata alla situazione finanziaria ed al profilo di rischio delle acquirenti, le quali, in ragione della loro età e della composizione del loro portafoglio, - costituito, in prevalenza, da titoli obbligazionari della stessa banca convenuta – non potevano che essere ritenute "investitrici caute e prudenti".

Soggiungevano che la banca aveva concluso l'operazione in una situazione conflitto di interessi, (in violazione dell'art. 27 regolamento Consob 11522/98), dal momento che la vendita del prodotto finanziario in questione era stata conclusa "in contropartita diretta", ossia in conto proprio, avendo, la banca, negoziato obbligazioni inserite nel proprio paniere-titoli.

A tal proposito, denunciavano l'esistenza di una esposizione creditoria della banca convenuta verso il Gruppo Cirio e deducevano che nell'esercizio congiunto del credito (verso l'emittente) e del

servizio di investimento (verso le risparmiatrici), la banca, nell'attività di intermediazione finanziaria, aveva agito nel proprio interesse, ovvero perseguito l'obiettivo di recuperare dai risparmiatori quanto finanziato al Gruppo emittente, così producendo l'effetto di traslare in capo ai primi l'indebitamente del secondo.

Asserivano, infine, che la consapevolezza di aver perso, a causa del tracollo finanziario del Gruppo Cirio, il proprio risparmio investito nei titoli, aveva provocato notevoli disagi per gli attori tutti, costretti a recarsi più volte in banca, a ricorrere alle associazioni dei consumatori ed all'ausilio degli stessi avvocati, ad assumere, in ultima analisi, modelli esistenziali prima non seguiti; che M. M. G., in particolare, era caduta in uno stato di grave stress psico-fisico.

Tanto dedotto, chiedevano dichiararsi la responsabilità della banca convenuta, per la violazione delle norme richiamate.

Nella ritenuta natura imperativa delle norme di settore assuntivamente violate dalla banca, gli attori chiedevano dichiararsi la nullità del contratto di acquisto dei titoli, ai sensi dell'art. 1418 c.c..

In linea ulteriormente gradata, instavano per l'annullamento del contratto medesimo, risultando a loro dire viziato il processo formativo della volontà contrattuale, per dolo o errore, o ancora, per l'annullamento del contratto in quanto concluso in conflitto di interesse.

Per l' effetto, chiedevano la condanna dell'istituto di credito convenuto, alla restituzione dell'intero capitale investito, pari ad € 67.000,00, oltre le spese sostenute per l'operazione ed i frutti dalla data di acquisto al soddisfo; nonché la condanna dell'istituto medesimo al risarcimento del danno

esistenziale, quantificato nella somma di € 5.000,00 o nella diversa somma ritenuta equa dal Giudicante.

La convenuta Sanpaolo IMI S.p.A., costituitasi in giudizio, eccepiva, quanto alle domande di invalidità del contratto di acquisto, il proprio difetto di legittimazione passiva, deducendo di avere svolto nell'operazione di acquisto dei titoli, esclusivamente il ruolo della intermediaria finanziaria, favorendo la conclusione dell'investimento tra l'emittente (venditore) e le investitrici (acquirenti); che, in particolare, la negoziazione era avvenuta in conto terzi e, secondo lo schema riconducibile alla commissione, essa convenuta aveva incassato solo la provvigione dello 0,50%.

Nel merito, eccepiva la liceità dell'operazione, in quanto conclusa nel mercato secondario, ossia una volta esaurita la fase del collocamento titoli presso gli investitori istituzionali; che, infatti, la Sanpaolo non aveva partecipato al consorzio di collocamento dei titoli, ma, nella veste di intermediario, aveva proceduto alla loro negoziazione su base individuale nella fase successiva al collocamento;

La convenuta non contestava che i titoli oggetto di acquisto fossero privi di prospetto informativo approvato dalla Consob, o privi di *rating*, ma deduceva che essendo il titolo venduto nella forma della negoziazione su base individuale e non già attraverso la sollecitazione al pubblico risparmio, non era prevista la consegna di prospetto informativo ed inoltre in quanto l'operazione era stata effettuata nella c.d. fase di *grey market*, compresa tra l'annuncio dell'emissione e la prima quotazione nel mercato regolamentato, alla data dell'investimento (7.2.2001) nulla si poteva sapere

sui titoli in questione. Eccepiva, ancora, che le clienti avevano espressamente rifiutato di fornire informazioni in ordine alla loro posizione finanziaria ed ai loro obiettivi di investimento e che, lungi dal poter essere considerate "risparmiatrici sprovvedute" o "prudenti", disponevano di un portafoglio corrispondente ad un profilo di rischio medio-alto.

Dopo il rituale scambio di memorie e l'istanza ex art. 12, D.lgs. n. 5/03, il Giudice designato provvedeva sulle istanze istruttorie delle parti con provvedimento confermato dal Collegio, nonché all'assunzione delle prove medesime.

Alla nuova udienza collegiale del 19 giugno 2006 la causa veniva assunta in decisione, con riserva di provvedere al deposito della sentenza nel termine di giorni trenta ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 5/03.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Risulta documentalmente acclarato che M. M. G. e M. F., in data 25.10.1990 ebbero a concludere con la banca Sanpaolo IMI, filiale di C., un contratto di "deposito titoli a custodia ed amministrazione" (doc. 1 di parte convenuta) ed in data 2.8.1993, il contratto "per la negoziazione, la sottoscrizione, il collocamento e la ricezione/trasmissione di ordini concernenti strumenti finanziari" (doc. 2 di parte convenuta), quale contratto di mandato, da cui prese l'avvio il servizio bancario di investimento in strumenti finanziari.

Risulta, ancora, che in data 7.02.2001 G.F., richiesero all'istituto di credito convenuto l'acquisto di titoli obbligazionari CIRIO Holding 6,25% 01/04 cod. 969030, per un valore nominale di € 67.000,00 e che, in data 15.2.2001, l' operazione venne eseguita dalla banca intermediaria. (cfr. ordine di acquisto, in doc. 4 di parte attrice).

Il contratto che ha avuto ad oggetto l'acquisto dei valori mobiliari per cui è causa e di cui gli attori lamentano l'invalidità sotto il profilo della nullità per violazione di norme imperative o, in linea gradata, della annullabilità per vizio del consenso determinato da dolo o errore essenziale, è stato dunque concluso nell'ambito dello svolgimento del servizio di investimento denominato "negoziazione" (cfr. art. 1 d. lgs. 24.02.1998, n. 58).

Nella specie, la vendita dei titoli obbligazionari CIRIO Holding, è intervenuta tra le investitrici G.F. e la Sanpaolo IMI, con la conseguenza che il contratto in oggetto va qualificato come contratto di negoziazione "in conto proprio" (art. 32 n. 5 Regolamento Consob) e non "in conto terzi".

Tanto è dato desumere dal regolamento di emissione delle obbligazioni per cui è causa, ossia dal c.d. Offering Circular Cirio Holding Luxembourg S.A. (prodotto in giudizio dagli attori anche in lingua italiana).

Deve ritenersi, innanzitutto, infondata l'argomentazione di parte attrice secondo cui i titoli obbligazionari CIRIO, in quanto non ancora quotati, avrebbero potuto essere scambiati esclusivamente tra i collocatori-sottoscritti (partecipanti al Consorzio di collocamento) ed altri investitori istituzionali e non avrebbero potuto essere venduti ai singoli risparmiatori.

Sempre dall' Offering Circular, in atti, si ricava, infatti che Sanpaolo IMI non partecipava al Consorzio di collocamento dei titoli, (cfr. pag. 41 del documento), sicché deve ritenersi che la banca convenuta, abbia operato, nell'acquisto dei titoli contestati, nella forma della c.d. negoziazione per conto proprio. Tale tipo di compravendita, postula la titolarità del valore mobiliare in capo

all'intermediario che, in precedenza, lo ha acquistato dai collocatori.
La vendita in oggetto si colloca pertanto, nel c.d. mercato secondario, essendo intervenuta tra un investitore istituzionale non collocatore (al quale il titolo era stato venduto dal primo collocatore) e l'investitore privato.
Da tale costrutto, desumibile dal regolamento di emissione dei bond CIRIO, consegue che anche nel c.d. mercato primario (fase di mercato finanziario in cui il bond viene collocato dal Consorzio agli investitori istituzionali) e nella fase del grey market (fase in cui normalmente avvengono gli scambi tra gli operatori istituzionali e che precede la quotazione del bond in un mercato regolamentato), non è precluso al singolo risparmiatore accedere alla compravendita del titolo, ma ciò potrà avvenire solo dietro esplicita richiesta sottoscritta dal privato, ossia mediante il servizio di investimento prestato dagli intermediari finanziari.
Per queste considerazioni, l'operazione realizzata tra le parti in causa, è avvenuta mediante la negoziazione su base individuale e dunque al di fuori della vendita nella forma della sollecitazione all'investimento al pubblico indifferenziato di risparmiatori privati (che, contrariamente alla prima, è soggetta alla procedura di cui agli artt. 94 e ss. d.lgs. n. 58/98 ed impone la redazione e la consegna di un prospetto informativo).
In altri termini i prodotti finanziari per cui è causa, erano al magazzino per la vendita al pubblico (cfr. dichiarazioni del legale rappresentante della convenuta), ovvero, se non proprio acquisiti al paniere-titoli della banca – in quanto negoziati nella fase del *grey market*, precedente la loro emissione, - quantomeno "prenotati" dallo stesso

istituto, e perciò inseriti nella "lista titoli" da proporre alla clientela *retail* (cfr. dichiarazioni del teste V.B.).

D'altra parte la stessa convenuta deduce che: "l'avere venduto i titoli di cui si discute nel periodo di *grey market*, non modifica la natura del servizio di investimento prestato dal Sanpaolo IMI, che rimane sempre un servizio di negoziazione su base individuale. Infatti, da un lato, i prestiti obbligazionari vennero interamente offerti in sottoscrizione ai *managers* e da questi ultimi sottoscritti alla data di regolamento del prestito, sicché, nessuno (né un cliente retail, né un qualsiasi altro soggetto, ancorché investitore professionale o intermediario) all'infuori dei *managers* ha sottoscritto i prestiti obbligazionari emessi da Cirio Holding Luxembourg S.A., Cirio Finance Luxembourg S.A., Del Monte Finance Luxembourg S.A., Cirio Finanziaria S.p.A.; dall'altro lato perché i contratti perfezionati tra la Banca ed i clienti rispondevano al tipo del contratto di compravendita tra Sanpaolo IMI, che agiva in veste di venditore, ed il compratore (vale a dire i clienti-attori). In altre parole, Sanpaolo IMI ha operato come intermediario in operazioni di compravendita di titoli, in contropartita diretta con il proprio cliente. Né la circostanza che si trattasse di titoli non ancora emessi può trasformare il tipo contrattuale, da vendita a collocamento/sottoscrizione (pag. 13, comparsa di costituzione e risposta).

Così qualificata l'operazione in oggetto, risulta infondata l'eccezione preliminare del difetto di legittimazione passiva della banca convenuta, ed ancora più ove si consideri che le doglianze degli attori si appuntano, in via pressoché esclusiva,

sulla ritenuta inosservanza, da parte dell'istituto di credito convenuto, di una serie di regole comportamentali concernenti proprio la prestazione del servizio di investimento reso in favore delle clienti.

A tal proposito, valga osservare come il contratto per la prestazione di servizi di investimento, (tra i quali rientrano la negoziazione per conto proprio o di terzi, il collocamento ovvero l'assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente, la gestione del portafoglio di investimento, la mediazione, la ricezione e trasmissione di ordini; cfr. art. 1 D. lgs. del 24.2.1998 n. 58, testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di seguito T.U.F.), si concreti in un rapporto negoziale di durata tra le parti, a prestazione periodica, soggetto alla disciplina dettata dal testo unico citato e dai regolamenti attuativi emanati dalla Consob, in particolare, quello relativo alla disciplina degli intermediari, approvato con delibera dell'1.7.1998, n. 11522.

Nell'espletamento del servizio di investimento, l'intermediario finanziario è tenuto ad osservare una serie di regole poste a presidio degli interessi della clientela e della integrità dei mercati (art. 21 lett. a) T.U.F.).

La banca è tenuta a comportarsi secondo diligenza, correttezza e trasparenza, a ridurre al minimo il rischio di conflitto di interessi e, in situazioni di conflitto, ad agire in modo da assicurare trasparenza ed equo trattamento, (art. 21 T.U.F.), nonché tenuta ad acquisire dal cliente ogni informazione attinente alla sua esperienza in materia di investimenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento e la sua propensione al rischio, (art. 28, co. I, lett. a) reg.

Consob 11522/98); è tenuta a consegnare all'investitore un documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari (art. 28, co. I, lett. b) reg. Consob n. 11522), informandolo, prima di ogni operazione, sulla esistenza di propri interessi che possano configgere, anche indirettamente, con quelli del cliente (art. 27 reg. Consob citato).

L'intermediario deve pertanto fornire informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni dell'operazione stessa, onde permettere al cliente di effettuare una scelta consapevole (art. 28, co. II reg. Consob); deve astenersi dall'eseguire l'operazione se non la ritiene adeguata alle caratteristiche del cliente, a meno che l'investitore, dopo essere stato correttamente informato, manifesti espressamente e per iscritto l'intenzione di procedere ugualmente. Allo stesso modo, ottenuto l'assenso scritto del cliente, la banca può procedere per le operazioni in conflitto di interesse (artt. 27 n. 2 e 29 n. 1.3 reg. Consob).

La natura delle norme di settore appena richiamate, non può che definirsi imperativa ai sensi dell'art. 1418 c.c. tenuto conto della natura pubblica o generale degli interessi tutelati: tutela del risparmio ed integrità dei mercati; cfr. art. 47 Cost.; art. 5 T.U.F. sui poteri di vigilanza attribuiti alla Banca d'Italia ed alla Consob; art. 21 lett. a) T.U.F..

Inoltre non va trascurato di considerare che l'art. 190 T.U.F. prevede l'applicazione di sanzioni amministrative per la violazione dell'art. 21 T.U.F.

Orbene, nella specie il comportamento assunto dall'istituto di credito convenuto nell'eseguire l'operazione per cui è causa, non pare, ad avviso di

questo Collegio, conforme ai dettami della normativa di settore sopra richiamata.
In particolare, la banca, che deve prestare il servizio di investimento con la diligenza dell'operatore qualificato ed operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati, (art. 21 lett. a) e b) T.U.F.), avrebbe dovuto fornire alle clienti informazioni dettagliate sulle caratteristiche del prodotto finanziario negoziato e sui rischi connessi all'operazione di investimento; a tal fine, era tenuta ad acquisire tutte le informazioni necessarie da comunicare alle clienti.
Sul punto, il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari (doc. 26 di parte convenuta), quand'anche consegnato alle clienti, contiene indicazioni solo generiche sui rischi dell'investimento, senza trascurare il fatto che la consegna sarebbe avvenuta all'atto della sottoscrizione del contratto di negoziazione e raccolta ordini, stipulato il 2.8.1993 e dunque ben otto anni prima dell'investimento per cui è causa, concluso il 15.2.2001.
Né può legittimamente ritenersi che la generica avvertenza, - pur contenuta in tale documento, - del maggiore rischio connesso ad un più elevato rendimento dei titoli, fosse idonea a far ritenere una presunzione di conoscenza in capo alle risparmiatrici sui rischi connessi ai titoli obbligazionari Cirio Holding (aventi rendimento maggiore dei titoli obbligazionari Sanpaolo che avevano costituito fino a quel momento la gran parte del patrimonio mobiliare di G.F.), sì da indirizzarle verso una scelta consapevole del prodotto acquistato. Null'altro la banca ha consegnato con riferimento ai titoli in oggetto.

Benché non risulti violato, da parte della banca, il dovere di informazione passiva avendo le clienti, nell'esercizio di una facoltà ad esse consentita dall'art. 28, co. I, lett. a reg. Consob. n. 11522/98, espresso, nel contratto di negoziazione in strumenti finanziari del 1993, il loro rifiuto di fornire alla banca informazioni sulla loro situazione finanziaria e sui loro obiettivi di investimento (doc. 2 di parte convenuta), tuttavia l'istituto di credito era pur sempre tenuto a valutare, con la diligenza dell'operatore qualificato, i dati in suo possesso, nonché a segnalare, ai sensi dell'art.29 reg. Consob, l'inadeguatezza dell'operazione e ad astenersi dall'eseguire un ordinativo di acquisto che non fosse adeguato al profilo di rischio individuale delle risparmiatrici.

Sul punto, la composizione del portafoglio di queste ultime all'epoca dell'investimento controverso, era tale da escludere che le stesse avessero un'alta propensione al rischio. G. M. M. e F. M., infatti, avevano investito il 55% dei loro risparmi depositati presso il Sanpaolo, in titoli obbligazionari della stessa banca convenuta, (il 31% in fondi mobiliari bilanciati e solo il 3% in fondi azionari (doc. 7 di parte convenuta).

Né, contrariamente all'assunto di parte convenuta, l'entità del patrimonio mobiliare delle clienti (ammontante ad € 614.000,00, oltre al deposito di € 624.000,00 intestato a G. M. M. con terzi), poteva indurre, di per sé, a ritenere che le stesse fossero promesse ad investimenti particolarmente rischiosi.

L'operazione per cui è causa appare, pertanto, inadeguata al profilo individuale ed alla situazione finanziaria delle clienti, come desunta dalla complessiva documentazione in atti e non risulta

che le clienti siano state avvertite di tale inadeguatezza ed abbiamo, on conseguenza, espresso per iscritto il loro consenso all'investimento.
Ed ancora, l'accertata esposizione creditoria della Sanpaolo IMI nei confronti del Gruppo Cirio (come dichiarato dal legale rappresentante della convenuta, all'udienza del 19 maggio 2006), induce a ritenere la sussistenza del denunciato conflitto di interesse, per essere la vendita dei titoli in oggetto realizzata in contropartita diretta, ossia in conto proprio.
Ed infatti, risulta dall'ordine di acquisto che l'operazione, eseguita al fuori del mercato regolamentato, avviene in conflitto di interesse. Anche sul punto, tuttavia, la banca non ha osservato le disposizioni normative di settore, (art. 27 reg. Consob) non avendo adeguatamente illustrato alle clienti la predetta situazione.
Le numerose violazioni di cui è incorso l'istituto di credito convenuto e la già evidenziata natura imperativa di tali norme, inducono ad accogliere la domanda attorea sotto il profilo della dedotta nullità del contratto di acquisto dei titoli.
L'effetto restitutorio che ne consegue ha per oggetto il valore nominale dei titoli medesimi, pari ad € 67.000,00, - detratte le cedole maturate sulle obbligazioni ed incassate dagli attori, per un importo di € 3.674,02 (circostanza dedotta dalla convenuta e non opportunamente contestata dagli attori), - oltre gli interessi calcolati nella misura del tasso legale. Questi, secondo il principio di cui all'art. 2033 co. II c.c. decorreranno dalla data dell'acquisto dei titoli (15.2.2001), dovendosi ritenere che nell'esecuzione del servizio di investimento in causa la banca convenuta abbia

agito in mala fede, ove si consideri, altresì, che l'operazione è stata eseguita in conflitto di interessi, secondo quanto prima detto.

Totalmente infondata è risultata invece la domanda di risarcimento del danno esistenziale assertivamente sofferto per la perdita del risparmio investito.

Gli attori non hanno allegato in maniera esaustiva, le precise incidenze che il danno patrimoniale sofferto avrebbe avuto sulla loro condizione esistenziale.

Infine, per il principio della soccombenza, la convenuta è condannata al pagamento delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti costituite, respinta ogni altra domanda, eccezione e difesa, così provvede:

In accoglimento parziale delle domande avanzate dagli attori, con atto di citazione del 26 gennaio 2005, nei confronti di Sanpaolo IMI spa, in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, dichiara la nullità del contratto di acquisto dei titoli obbligazionari CIRIO Holding per un valore nominale di € 67.000,00; per l'effetto, condanna la convenuta alla restituzione della complessiva somma di € 63.325,98, oltre interessi legali dalla data dell'acquisto dei titoli al soddisfo.

Condanna la convenuta alla liquidazione delle spese di lite che liquida in complessivi € 8.256,00, di cui € 1.835,00 per spese, € 3.726,00 per diritti ed € 2.695,00 per onorario, oltre rimborso spese gen. ex art. 14 T.U.F., oltre IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Marsala, nella Camera di Consiglio della sezione civile del Tribunale, il 12 luglio 2006

*****

VIII. Tribunale di Catania, sentenza 23 gennaio 2007, G.A. c. Banca Popolare di Lodi S.p.A., Pres. Macrì, Est. Paternò Raddusa

Qualora il risparmiatore, nel giudizio promosso nei confronti dell'intermediario per la violazione dei doveri allo stesso imposti dal contratto e dalle norme di legge venga dedotta la circostanza della sollecitazione all'investimento, grava sull'intermediario l'onere di provare che la fattispecie dedotta non integra la sollecitazione all'investimento ma la negoziazione.

La negoziazione in contropartita diretta non è di per sé sufficiente a far ritenere la sussistenza di un conflitto di interessi laddove la compravendita si sia perfezionata sulla base di un ordine conferito spontaneamente dal cliente e manchi la prova che si sia perfezionata su suggerimento o sollecitazione dell'intermediario diretta a perseguire scopi ulteriori e diversi dalla realizzazione dell'interesse del cliente.

L'inadempimento dell'intermediario agli obblighi informativi previsti dalla legge e dal contratto quadro non è fonte di responsabilità precontrattuale ma motivo di inadempimento del contratto. In tale fattispecie, infatti, l'oggetto della violazione è il contratto quadro e non il singolo ordine che costituisce solo un momento esecutivo dell'accordo. Nel valutare la gravità dell'inadempimento si dovrà tenere presente la natura degli interessi tutelati, non esclusivamente riconducibili alla sfera soggettiva del contraente investitore. Inoltre,

vertendosi in ipotesi di contratto di durata, la risoluzione travolgerà il contratto quadro limitatamente all'ordine negoziato in difformità agli obblighi di condotta.

In presenza di violazione degli obblighi informativi dell'intermediario, per aversi un danno risarcibile è necessario che il prodotto negoziato sia inadeguato al profilo di rischio dell'investitore. E' necessario, in sostanza, accertare se, una volta fornita la necessaria consapevolezza al cliente, questi avrebbe acquistato un prodotto maggiormente adeguato alle proprie caratteristiche per poi individuare le differenze di valore e rendimento tra il prodotto acquistato e quello adeguato.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI CATANIA

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con citazione notificata il 7 ottobre 2005 G. A. conveniva in giudizio la Banca Popolare Italiana all'uopo esponendo:

- di aver acquistato, in data 06.05.2002, dalla filiale di Giarre (CT) della Banca Popolare di Lodi, oggi Banca Popolare Italiana obbligazioni per un importo totale di euro 25.790,75 della Parmalat Finance Corporation BV, società finanziaria con sede in Olanda;
- che il detto acquisto doveva ritenersi nullo o annullabile o comunque fonte di risarcimento di un danno contrattuale;

- che, in particolare, quanto alla invalidità del contratto, andava in primo luogo evidenziata la nullità per vizio di forma ai sensi del disposto di cui all'art. 23, comma 1, d.lg. n. 58/98 in forza al quale " I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto ed un esemplare è consegnato ai clienti. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo";
- che, in punto alla annullabilità per errore e dolo del contratto di intermediazione finanziaria stipulato con la banca convenuta, occorreva evidenziare come la sua volontà negoziale era stata manifestata in presenza di una falsa rappresentazione (provocata dolosamente, o quantomeno colpevolmente, da vari soggetti) avuto riguardo, in particolare alla reale situazione patrimoniale del gruppo Parmalat - come prospettata dai bilanci che riportavano un sostanziale ed apparente equilibrio economico a fronte del dissesto che notoriamente ebbe a manifestarsi da li a poco tempo dopo - e alla erronea credenza di comprare obbligazioni emesse dalla Parmalat S.p.A. e Parmalat Finanziaria italiana, quando invece le obbligazioni vendute appartenevano ad una società estera, con capitale sociale ridicolo (rispetto agli importi delle emissioni obbligazionarie);
- che la detta falsa rappresentazione aveva dato luogo a diversi errori essenziali ex art. 1429 c.c. perché caduti: a) sull'oggetto del contratto: l'attore riteneva di ricevere un titolo finanziario avente alla propria base una determinata situazione patrimoniale di equilibrio ed invece ne ha comprato uno che riposava solo su una voragine di svariati miliardi di euro di debiti; b) sull'identità dell'oggetto

della prestazione e su una qualità della stessa determinante del consenso: l'attore credeva di acquistare prodotti finanziari che avevano attraversato il vaglio, quantomeno della liceità e della legalità, dell'operazione finanziaria di emissione dei bond. Tale qualità si è rivelata inesistente perché egli ha, per contro, comprato titoli che non avrebbero mai potuto e dovuto esistere all'interno dei mercati finanziari, siccome privi di tutti i requisiti minimi richiesti dalla legge per la loro immissione sul mercato; c) sulla natura del contratto: l'attore riteneva di acquistare un titolo soggetto all'alea dei mercati dal quale attendersi ricavi o perdite collegate all'andamento del mercato industriale e/o finanziario ed invece ne ha comprato uno frutto di un'operazione di mera truffa ed aggiotaggio;

- che l'errore era altresì riconoscibile da parte della banca poiché, ex art. 1431 c.c., "in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di media diligenza avrebbe potuto rilevarlo" considerato peraltro il ruolo professionale della convenuta tale da conoscere la reale situazione finanziaria di una società o di un gruppo;
- di più, che non solo di errore poteva parlarsi nella specie, indubitabile essendo la volontà della convenuta di trarre in inganno il cliente si da riportare la fattispecie sotto l'egida del dolo determinante, causa di annullamento del contratto a norma dell'art. 1439 c.c.;
- che l'acquisto in tema doveva altresì ritenersi nullo per la violazione delle norme relative alla sollecitazione del pubblico risparmio giacchè l'offerta in sottoscrizione o in vendita delle obbligazioni Parmalat era avvenuta in violazione

della disciplina in tema di sollecitazione all'investimento prevista dal T.U.F., d.lg. 58/98 e dai regolamenti di attuazione;

- che, in particolare, le obbligazioni acquistate dal G. erano prive del prospetto imposto dall'art. 94 d.lg. cit. o comunque connotate da un prospetto recante false informazioni; trattandosi, inoltre, di obbligazioni emesse in Lussemburgo da una finanziaria formalmente estera, le banche appartenenti al consorzio di collocamento (*lead o co-lead managers)* avevano l'obbligo di non offrirle o venderle a risparmiatori privati, in quanto le medesime potevano essere negoziate soltanto con Investitori Professionali come definiti dagli artt. 25 e 31 del Regolamento Consob 11522/98; infine, ad ulteriore conferma della violazione delle regole sulla sollecitazione al risparmio, risultavano altresì violati gli artt. 13, commi I°, 4° e 14, 1° e 2° comma del Reg Consob n., 11971/99;
- che il contratto di acquisto in esame era comunque da ritenersi nullo o per altri versi fonte di responsabilità contrattuale per la violazione dei doveri di diligenza, correttezza e trasparenza e degli obblighi di informazione necessari imposti dal T.U.F. e dal regolamento consob 11522 al fine di garantire ai risparmiatori consapevoli scelte di investimento nella prestazione dei servizi di investimento;
- che, in particolare, risultava violato il combinato disposto di cui agli art. 21 T.U.F, 26 e 28 Reg. Consob 11522/1998, per aver la convenuta quantomeno omesso di informarsi diligentemente sul tenore dei prodotti negoziati, mancato di informare adeguamente il cliente del rischio legato alle obbligazioni in esame e ugualmente favorito la negoziazione degli stessi pur in presenza di indici

che sconsigliavano l'operazione avuto riguardo al profilo di rischio dell'investitore;

- che, peraltro, quanto alla adeguatezza del prodotto negoziato rispetto al profilo di rischio dell'investitore, proprio in ragione della mancata osservanza degli obblighi informativi di cui si è appena detto, andava rimarcata la inefficacia - per contrasto con l'art. 1469 bis c.c. - della clausola sottoscritta dal cliente all'atto del conferimento dell'incarico di acquisto dei titoli del seguente tenore: "La informiamo che l'ordine si riferisce a: un'operazione che in base alle informazioni in nostro possesso risulta anche per gli elementi di rischio in esso contenuti - per Lei inadeguata" e ciò in quanto l'avere totalmente omesso di informare il cliente circa il contenuto dell'investimento ha concretato un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi scaturenti dal contratto in danno dell'aderente, riferendosi espressamente tale clausola proprio a quelle informazioni circa la capacità patrimoniale del cliente che, ove richieste - come previste per legge - avrebbero effettivamente consentito alla banca di allertare l'investitore rispetto ad un'iniziativa finanziaria considerata inadeguata in relazione al patrimonio dello stesso, così esonerandolo da eventuali responsabilità in caso di andamento negativo dell' investimento;
- che, ancora, l'acquisto era stato effettuato in violazione al divieto di agire in conflitto di interessi sia perché al momento dell'emissione dei prestiti obbligazionari, l'istituto convenuto e/o il gruppo al quale apparteneva vantava infatti ingenti crediti nei confronti delle società del gruppo che, in considerazione delle pessime condizioni finanziarie dello stesso, erano di fatto già all'epoca inesigibili sia perché la banca ha - nella quasi totalità dei casi

- alienato obbligazioni di cui era già proprietaria avendoli nel proprio portafoglio, sia infine perché, nella fattispecie in esame si è verificato anche il caso disciplinato dagli artt. 1394 e 1395 c.c. per avere la Banca Popolare di Lodi svolto le funzioni d'intermediario e al contempo di venditore.

Tanto premesso, chiedeva:

- in via principale, accertare e dichiarare la nullità del contratto d'investimento avente ad oggetto obbligazioni del gruppo Parmalat stipulato in data 06.05.2002 con la Banca Popolare di Lodi per difetto di forma e conseguente violazione dell'23 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, e comunque per illiceità della causa ai sensi degli artt. 1343 c.c. stante la violazione degli artt. 21 d.lgs. cit., nonché dell'art. 28 e 29 del Regolamento Consob n. 11522/98;
- in subordine, pronunciare l'annullamento del contratto in parola ex artt. 1429 e segg., 1439, 1394 e 1395 c.c.;
- IN OGNI CASO, dichiarare inefficace ex artt. 1469 bis e segg. c.c. la clausola contenuta nella proposta di acquisto dei titoli del seguente tenore: La informiamo che l' ordine si riferisce a: un'operazione che in base alle informazioni in nostro possesso risulta - anche per gli elementi di rischio in esso contenuti - per Lei inadeguata".
- per l'effetto, dichiarare tenuta e condannare la Popolare Italiana alla restituzione della complessiva somma di € 25.790,75, oltre interessi legali dal dì della stipula del contratto al saldo;
- in ulteriore subordine, dichiarare tenuta e condannare la Banca Popolare Italiana al risarcimento di tutti i danni arrecati al signor G. A. a causa dei comportamenti meglio specificati in premesse; danni tutti che si quantificano nella

complessiva somma di € 25.790,75, ovvero in quell'altra somma maggiore o minore che verrà ritenuta di giustizia, oltre interessi dal dì del dovuto al saldo;

- inoltre, oltre alle somme sopra indicate, dichiarare tenuta e condannare la Banca Popolare Italiana al pagamento in favore del signor G. della somma di euro 10.000,00 (ovvero di quell'altra somma maggiore o minore che sarà ritenuta di equità), a titolo di danno esistenziale e comunque non patrimoniale, ex artt. 2043 e 2059 c.c., oltre interessi legali dal dì del dovuto al saldo.

Con comparsa notificata nel rispetto del termine concessole dagli attori, la convenuta contestava in fatto e diritto la prospettazione di parte attrice adducendo all'uopo la insussistenza dell'asserito conflitto di interessi, la inapplicabilità alla specie della normativa dettata in tema di sollecitazione del pubblico risparmio, l'infondatezza della dedotta annullabilità del contratto disposto, segnalando all'uopo, la correttezza del comportamento tenuto nell'attività di negoziazione nel pieno rispetto delle regole di condotta imposte dal T.U.F. e dal regolamento consob la cui violazione, comunque, poteva provocare solo un inadempimento contrattuale e giammai la nullità dell'acquisto.

Concludeva, quindi, per la reiezione della domanda.

In esito alla notifica della comparsa di costituzione e risposta, attore e convenuta scambiavano memorie ex artt. 6 e 7 dlvo 5/03.

Successivamente l'attore provvedeva a notificare istanza di fissazione d'udienza cui seguivano le note conclusive della convenuta, la designazione del relatore dal parte del Presidente e il decreto di

fissazione della udienza collegiale di discussione innanzi al Collegio.

Depositate, infine, le rispettive comparse conclusionali la causa, in esito alla discussione orale innanzi al Collegio, veniva così decisa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Parte attrice - con ampia e articolata esposizione, non sempre immediatamente riferibile alla concreta fattispecie rimessa al vaglio del Tribunale - ha toccato quasi tutti gli snodi essenziali della tematica inerente le controversie legate alla negoziazione di strumenti finanziari sì che, al fine di rendere una statuizione quanto più intelligibile, giova riordinare i diversi profili di lagnanza, pur non necessariamente seguendo l'ordine di esposizione rappresentato in citazione.

Merita, primariamente, evidenziare che l'attore, a fronte delle diverse violazioni affermate in citazione, ha concluso chiedendo accertarsi la nullità dell'acquisto segnalato in narrativa o, in subordine l'annullabilità dello stesso o, infine, l'inadempimento contrattuale della convenuta in funzione della articolata pretesa risarcitoria. Di tali petita, per come si dirà da qui a poco, quello che correttamente si attaglia al caso in esame è esclusivamente l'ultimo, avuto riguardo, in particolare, alla violazione delle regole di condotta tracciate - dalla normativa primaria e secondaria oltre che dal contratto occorso tra le parti - in materia di negoziazione di strumenti finanziari. Tuttavia, prima, di affrontare tale tematica e di pervenire ad una valutazione nel merito della fondatezza, in parte qua, della pretesa, occorre sgombrare il campo a) dalla affermata nullità per la mancanza del contratto quadro; b)dalla dedotta applicabilità alla specie della disciplina dettata in

materia di sollecitazione all'investimento; c) dalla sussistenza nella specie della ipotesi di conflitto di interessi presa in considerazione dal T.U.F. e dal regolamento consob; d) infine, dalla opzione interpretativa, tutt'altro che infrequente nella giurisprudenza di merito, che individua nella nullità dell'acquisto il rimedio giudiziale confacente alla violazione delle regole di condotta imposte nella materia de qua agli intermediari.

La prima delle asserzioni di parte attrice, legata alla violazione dell'obbligo di forma scritta imposta dal comma I, dell'art 23 del T.U.F., risulta agevolmente smentita dalla allegazione (doc sub 8 del fascicolo della convenuta) del contratto scritto stipulato inter partes il 13 ottobre 1999 in forza al quale è stato di poi reso l'ordinativo di acquisto oggi in contestazione.

La seconda questione da affrontare è quella che mira ad accertare se nella specie è stata realizzata, così come sostiene la convenuta, una mera negoziazione per conto proprio ovvero, per come affermato dall'attore, una sollecitazione all'investimento, trattandosi di attività ontologicamente differenti soggette ad una diversa disciplina.

La questione presuppone, a monte, la soluzione di un profilo probatorio: occorre cioè chiarire se, una volta dedotta in giudizio dall'investitore - attore la riconducibilità dell'operazione contestata al profilo della sollecitazione, graverà su questi o, per contro, sull'intermediario convenuto, l'obbligo di allegare gli elementi probatori utili a ricostruire la specifica vicenda negoziale.

Ora, è noto che ai sensi dell'art 1, lettera t, del T.U.F. costituisce sollecitazione all'investimento " ogni offerta, invito ad offrire o messaggio

promozionale, in qualsiasi forma rivolti al pubblico, finalizzati alla vendita o alla sottoscrizione di prodotti finanziari"; ancora, che la disciplina chiamata a regolare tale attività è diversa da quella tracciata dagli artt. 21 e ss. del T.U.F. e dal regolamento 11522/98 della Consob per i servizi di investimento - tra i quali va annoverato quello della negoziazione, per conto proprio o altrui, degli strumenti finanziari – trovando qui applicazione le regole sancite dall'art. 94 e ss. sempre del T.U.F. e, quanto alla normazione secondaria, il regolamento Consob 11971/99.

Per aversi sollecitazione occorre quindi una offerta (di vendita o sottoscrizione di prodotti finanziari), non importa in che forme resa, indistintamente rivolta ad incertam personam, a condizioni standardizzate; ed è proprio per la sua direzione – e quindi per l'esigenza primaria di preservare la fiducia del pubblico dei risparmiatori - che la sollecitazione va preceduta dalla pubblicazione di un prospetto (esplicativo di tutte le informazioni necessarie a consentire al pubblico degli investitori una valutazione consapevole sia dell'emittente che del prodotto) da comunicare alla Consob, chiamata, in taluni casi, ad autorizzarne preventivamente la propalazione (per i prodotti finanziari non quotati né diffusi tra il pubblico) e comunque tenuta ad intervenire con misure interdittive anche cautelari in caso di accertata sussistenza di violazioni inerenti la disciplina in esame.

La negoziazione, per contro, si sostanzia in una attività individualizzata di compravendita di strumenti finanziari, realizzata, di volta in volta, a condizioni differenziate e non standardizzate; può essere per conto proprio (se l' intermediario ha

acquistato i titoli e li rivende al cliente al fine di lucrare la differenza tra il prezzo di acquisto e vendita dello strumento compravenduto) o per conto terzi (dove l'intermediario agisce nell'interesse esclusivo del cliente acquisendo una provvigione); non è soggetta ai penetranti controlli sopra esposti per la sollecitazione ma, poiché attraverso essa si mette comunque in gioco il superiore interesse della integrità dei mercati e considerando, altresì, l' esigenza di tutela dell' investitore per la asimmetria informativa che ne connota sfavorevolmente la posizione a fronte di quella propria dell'intermediario, si vede assoggettata ad una serie di regole di condotta normativamente prefissate, dirette ad incidere in modo sostanziale sul comportamento chiesto agli intermediari.

E' di tutta evidenza che, a prescindere dai rimedi civilistici consequenziali alle violazioni delle regole di condotta diversamente dettate (verosimilmente non differenti), ciò che distingue le due ipotesi è il dato dei diversi comportamenti chiesti all'intermediario nell'un caso e nell'altro, dovendosi escludere, ad esempio, che nella negoziazione acquisisca rilievo la presenza del prospetto informativo.

Tanto precisato, ad opinione del Collegio, introdotto in giudizio il tema della sollecitazione, grava sull'intermediario l'onere di dimostrare che nella specie il riferimento alla stessa si rivela non conducente. E ciò per ragioni diverse, in parte fondate su considerazioni di ordine generale, in parte determinate dalla peculiarità degli interessi cui risulta finalizzata tutta la disciplina di settore.

Prendendo le mosse da quest'ultimo dato, giova segnalare come - aderendo sul punto alla disamina

interpretativa recentemente prospettata in materia da attenta dottrina - le esigenze di trasparenza e correttezza che permeano la disciplina normativa della sollecitazione all'investimento ed improntano gli obblighi gravanti sugli emittenti, offerenti e intermediari collocatori al fine precipuo di garantire i destinatari dell'offerta pubblica, ben possano giustificare lo spostamento in capo all'intermediario dell'onere di allegare e comprovare gli elementi in fatto grazie ai quali risalire alla esatta individuazione dell'attività connotante l'acquisto di specie anche alla luce del peculiare principio dettato dall'art. 23 del T.U.F. in tema di servizi di investimento cui può farsi riferimento in via di interpretazione analogica.

Guardando poi ai principi generali e, in particolare, a quello di cosiddetta vicinanza della prova, può altresì coerentemente affermarsi che grava sull'intermediario convenuto - chiamato, nella prospettazione dell'attore, a rispondere del mancato adempimento agli obblighi imposti dalla sollecitazione all'investimento - l'onere di dimostrare di aver osservato il precetto normativo o, ancor più in radice, di non aver tenuto comportamenti elusivi dello stesso proprio perché altre e diverse erano le regole di condotta da osservare alla luce della effettiva consistenza dell'attività posta in essere. Del resto, sembra evidente che la reale entità della operazione posta in essere ben più agevolmente potrà essere giudizialmente chiarita dall'intermediario il quale, attraverso la deduzione e la dimostrazione di chiare circostanze positive, immediatamente legate alle modalità di effettuazione dell'operazione di acquisto, potrà smentire la sussistenza del presupposto indefettibile della sollecitazione, *id est*

la offerta standardizzata e rivolta generalmente al pubblico del prodotto in contesa, per portare la fattispecie sotto l'egida della mera negoziazione individuale.

Passando al caso di specie, ritiene il Tribunale che la banca convenuta ha compiutamente dato prova della riconducibilità del rapporto in esame alla figura della negoziazione (in particolare in contropartita diretta), adducendo una serie di circostanze mai contraddette dalla difesa dell'attore tanto da divenire incontroverse anche alla luce del disposto di cui all'art. 10, comma III, del dlvo 5/03.

In particolare, dall'insieme delle - non meno copiose - asserzioni difensive formulate dalla banca in risposta alle lamentele articolate dall'attore può evincersi, quanto alla operazione che occupa:

- che le obbligazioni acquistate dal G. facevano parte di una emissione resa da società estera sull' euro-mercato, diretta ad investitori professionali e come tale, per ciò solo (ex art. 100 del T.U.F.) non accompagnate dal prospetto informativo;
- che essa convenuta non faceva parte del consorzio di collocamento delle dette euro-obbligazioni e che aveva provveduto all'acquisto da potere di altro investitore professionale che dal detto consorzio si era approvvigionato;
- che, entrate nel proprio portafoglio, tale obbligazioni erano state poste a disposizione dei clienti secondo un sistema di scambi organizzati ex art 78 T.U.F. e per il tramite di negoziazioni individuali – e quindi senza procedere ad alcuna offerta generalizzata, indistinta e standardizzata – così come dimostrato dal diverso valore di acquisto ascritto alle dette obbligazioni nei mesi immediatamente precedenti e successivi

l'operazione che occupa (doc 5 sempre del fascicolo di parte opposta);

- che nella specie, a seguito della stipula del contratto quadro, il G. aveva spontaneamente deciso di investire, tra i diversi titoli a sua disposizione, parte del suo portafoglio nelle dette obbligazioni.

Questa ricostruzione in fatto della vicenda negoziale che occupa, favorita in parte dalle allegazioni documentali di parte convenuta, in parte dalla mancata e precisa contestazione di parte attrice avverso le deduzioni rese sul punto in giudizio dalla banca, consente al Tribunale di escludere ogni fondatezza e rilievo al richiamo, operato dall'attore, alle regole disciplinanti la sollecitazione all'investimento. Più precisamente l'offerta relativa alle obbligazioni in questione non necessitava del prospetto informativo perché diretta, in prima battuta, ad investitori professionali (art. 100, lett. a del T.U.F.); gli intermediari che ebbero a partecipare al relativo consorzio di collocamento e quelli che ebbero ad acquistare dai primi avrebbero potuto immettere, quindi, sul mercato secondario i detti strumenti finanziari pur in assenza del prospetto informativo senza tuttavia operare offerte generalizzate e standardizzate, tali da far divenire nuovamente attuale la ipotesi della sollecitazione, ma procedendo a negoziazioni individuali; semmai, per come si dirà più precisamente da qui a poco, la modalità di introduzione dei prodotti finanziari in oggetto sul mercato della clientela retail, alla luce della peculiare natura dell'emissione (resa in paesi tali da consentire con facilità il superamento del limite massimo di cui all'art 2410 cc all'epoca vigente), lungi dal portare l' operazione nell'ambito

della sollecitazione ha avuto piuttosto l'effetto di accrescere il grado di diligenza chiesta all'intermediario nel rendere al cliente le necessarie informazioni utili a garantirne una scelta consapevole.

Negata fondatezza al richiamo alla disciplina della sollecitazione, del pari deve negarsi, venendo alla terza delle tematiche dibattute e sulla base delle considerazioni in fatto sopra esposte, che l'operazione in questione ebbe a realizzarsi in presenza del conflitto di interessi stigmatizzato dalla lettera c dell'art. 21 del T.U.F. e regolamentato, quanto alla condotta richiesta all'intermediario, dall'art. 27 del regolamento n. 11522 della Consob.

Osserva all'uopo il Tribunale (con il conforto, sul punto di non pochi precedenti di merito Cfr. da ultimo Trib. Genova 8 maggio 2006; 16 Maggio 2006; Trib. Milano 26 aprile 2006, tutte su www.ilcaso.it) che la semplice circostanza in forza alla quale sì è in presenza di negoziazioni di titoli compiute dalla banca in contropartita con il cliente non è tale far ritenere sussistente il dedotto conflitto di interessi laddove la compravendita, così come nella specie appare processualmente incontroverso, si sia perfezionata sulla base di un ordine conferito spontaneamente dal cliente e manchi, per contro, la prova che l'operazione si sia perfezionata su suggerimento o su sollecitazione dell'intermediario diretta a perseguire scopi ulteriori e diversi rispetto alla realizzazione dell'interesse del cliente. Di più. Volta che si ritenga incontroversa la circostanza in forza alla quale la convenuta non era ricompresa tra le banche facenti parte del consorzio di collocamento delle emissioni in oggetto, risulta di poi del tutto

irrilevante l'ulteriore aspetto (allo stato non provato ma per quanto sopra estraneo alle esigenze probatorie del processo che occupa) dell'indebitamento dell'emittente nei confronti dell'intermediario, inutilmente addotto dalla attrice a sostegno della lagnanza in oggetto.

Ne viene che, alla luce di quanto sopra, anche il lamentato conflitto di interessi non trova nella specie alcuna conferma.

Erronee in diritto devono, infine, ritenersi le prospettazioni attoree che riportano sul versante della nullità o in subordine della annullabilità dell'acquisto la sanzione prevista dall'ordinamento in caso di riscontrata violazione delle regole di condotta gravanti sull'intermediario nel compimento dell'attività di negoziazione. E ciò in quanto, a parere del Tribunale, malgrado il contrario orientamento espresso in materia da buona parte della giurisprudenza di merito (cfr, nel segno della nullità, Trib. Mantova 18/3/04 in Società, 2004, 1139; ancora sempre Trib. Mantova 12/11/04, Trib. Firenze 30 Maggio 2004, Trib. Milano 7 ottobre 2004, Trib. Venezia 22/11/04, tutte in in Giur. It. 2005, 754), il rimedio giudiziale che meglio si attaglia a siffatte violazione è quello della risoluzione e/o del risarcimento da inadempimento contrattuale.

La valutazione interpretativa che occupa non può di certo prescindere dalla preventiva qualificazione del quadro negoziale di riferimento cui ancorare i rapporti tra gli odierni contraddittori; quadro, questo, che sembra indispensabile nell'ottica di una esauriente comprensione in primis della disciplina sottesa a siffatta situazione contrattuale e quindi del contenuto e soprattutto della natura

delle regole di condotta che nella specie si assumono violate.

In punto di fatto, va segnalato come con contratto dell'ottobre 1999 l' attore ebbe a conferire alla convenuta l'incarico a tempo indeterminato, di negoziare, ricevere o trasmettere ordini su strumenti finanziari secondo le modalità ivi espressamente regolate (doc. sub 8 del fascicolo della convenuta); in ottemperanza all'impegno a monte assunto con il contratto sopra citato e allo specifico ordine impartitole dall'investitore la banca convenuta ha poi provveduto ad acquistare le obbligazioni Parmalat descritte in narrativa (doc. sub 7 stesso fascicolo).

Questo il quadro fattuale di riferimento, va poi osservato che la fattispecie in esame trova diretta regolamentazione oltre che nel programma negoziale sopra riferito anche e soprattutto nella disciplina di settore (pedissequamente trasfusa nel primo), raccolta sia nel T.U.F. 58/98 (artt. 21 e 23 per quel che qui più direttamente interessa) che nel successivo regolamento attuativo della Consob n. 11522/98 (artt. da 26 a 30) che, com'è noto, costituiscono le fonti normative, primaria e secondaria, in seno alle quali risultano cristallizzati i doveri degli intermediari finanziari nello svolgimento dei servizi di investimento Più in particolare, l'art. 21 del T.U.F. prevede – tra gli altri criteri generali – che, nella prestazione dei servizi di investimento e accessori, i soggetti abilitati devono "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati (lettera a), acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati (lettera b)". In attuazione del precetto

generale dettato nel T.U.F. l'art. 26 del regolamento 11522 sancisce poi a carico degli intermediari, sempre nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare, "l'obbligo di acquisire una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire (lettera e) "; ai sensi del successivo art. 28 è altresì previsto che "prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio" mentre "l'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo art. 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore"; ancora, giusta il comma II del citato art 28, "gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento"; infine, l'art. 29 stesso regolamento, espressamente impone che " gli intermediari autorizzati debbono astenersi "dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione" dovendo, in tali casi,

informare l'investitore della inadeguatezza dell'operazione e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione e provvedere alla stessa solo in esito ad "un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute".

Il quadro normativo sopra riferito, pedissequamente richiamato in più punti dal programma negoziale adottato nella specie dalle parti, porta il Collegio a ritenere che lo schema relativo alla negoziazione di strumenti finanziari, pur se non esaustivamente riconducibile alle figure codicistiche del mandato o della commissione, trova tuttavia in questi tipi contrattuali forti momenti di analogia che divengono punti di assoluta identità con specifico riguardo agli ordini impartiti all'investitore e portati ad esecuzione dall'intermediario in forza dell'incarico conferito a monte. Più precisamente, ma per forza di cose succintamente, ritiene il Collegio: a) che i particolari doveri imposti normativamente agli intermediari, icasticamente riassunti nella sinergia tra gli obblighi di informarsi (sulla situazione finanziaria del cliente, sulla propensione al rischio dello stesso, sulla conoscenza che questi ha del mercato finanziario e sulle connotazioni del prodotto oggetto dell'investimento), informare (il cliente della tipologia del prodotto finanziario oggetto di interesse) e di non effettuare operazioni non adeguate (alle informazioni attive e passive sopra riferite), trovano una immediata giustificazione nella esigenza di ridurre la asimmetria informativa che contraddistingue le

relazioni tra intermediario e investitore e si sostanziano, conseguentemente, in regole di condotta sicuramente più stringenti rispetto a quelle dettate nel codice civile in punto ai doveri di correttezza, lealtà e diligenza chiesti al mandatario; b) che tuttavia, pur se gli obblighi gravanti sull'intermediario non consentono di ricondurre lo schema del contratto relativo alla negoziazione di strumenti finanziari pacificamente e pedissequamente alla figura del mandato, non v'è ragione, per contro, per distinguere tra l'ordine impartito dall'investitore all'intermediario e le istruzioni dettate dal mandante al mandatario nella esecuzione del mandato, trattandosi in entrambi i casi di dichiarazioni non negoziali di volontà (c.d. determinative) cui fa seguito una mera attività esecutiva (l'acquisto o il disinvestimento) che non si concreta in un ulteriore accordo tra le parti (proprio perché l'intermediario esegue e non accetta di eseguire l'ordine); c)che quanto affermato sub b) trova conferma nel disposto dell'art 29 del regolamento 11522 che, in presenza di operazioni non adeguate, in prima battuta legittima l'intermediario ad astenersi dall'esecuzione ma poi impone allo stesso di dare comunque corso all'ordine in caso di insistenza in tal senso manifestata dal cliente all'uopo debitamente informato.

Ne viene che, alla luce di quanto sopra, il contratto stipulato inter partes, pur se non riconducibile, pedissequamente, all'alveo della disciplina dettata in tema di mandato, da questa tuttavia deriva la sua struttura di base (concretandosi in un contratto di durata con il quale l'investitore conferisce all'intermediario l'incarico avente ad oggetto, per l'appunto, l'attività di negoziazione e

raccolta ordini su strumenti finanziari) dalla quale devia in termini di evidente rilevanza in punto alla regolamentazione degli obblighi di diligenza imposti al mandatario (in considerazione della specialità dell'oggetto dell'incarico e dei soggetti che lo eseguono) ma non con riferimento al momento della esecuzione dell'incarico.

Ciò precisato, osserva il Tribunale che, come sopra già evidenziato, alla violazione delle prescrizioni contenute negli artt. 21 T.U.F. e 28 e 29 Reg. 11522/98 parte della giurisprudenza fa seguire la nullità dell' ordine di acquisto dei titoli per la natura imperativa dei precetti violati. Più precisamente, si sostiene che le norme in questione sono poste a presidio di interessi che superano la sfera soggettiva del contraente immediatamente interessato, perchè dirette a tutelare l'ordine pubblico economico costituzionalmente garantito; e si richiama a conforto l'arresto reso dalla Corte regolatrice (sent. Nr 3272/2001) in forza al quale " in presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di una espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418, comma 1, c.c., che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità. Pertanto - poiché il carattere inderogabile delle disposizioni della l. 2 gennaio 1991 n. 1, che prevedono la necessità dell'iscrizione all'albo delle società di intermediazione mobiliare, previo accertamento da parte della CONSOB della sussistenza di una serie di requisiti, deriva dalla natura, pubblica e generale, degli interessi con esse garantiti, che

concernono la tutela dei risparmiatori *"uti singuli*" e quella del risparmio pubblico come elemento di valore della economia nazionale - è affetto da nullità assoluta il contratto di "*swap"* (da annoverare tra le attività di intermediazione mobiliare disciplinate dalla suddetta legge) stipulato, in contrasto con la stessa, da un intermediario abusivo, atteso l'interesse dell'ordinamento a rimuovere detto contratto per le turbative che la conservazione di esso è destinata a creare nel sistema finanziario generale".

L'assunto non convince.

E' incontrovertibile che le ragioni poste a fondamento dell'intervento normativo cristallizzato nel T.U.F. e nel regolamento Consob più volte citato superano la sfera soggettiva del singolo contraente debole, il risparmiatore non professionale privo delle necessarie conoscenze utili ad un consapevole approccio con il mercato finanziario, così che il rafforzamento degli obblighi di condotta imposti in nome delle regole di correttezza, lealtà e diligenza ordinariamente dettate dal diritto comune con riferimento alla fase di esecuzione del contratto appare diretto non solo a realizzare una riduzione del gap informativo che connota i rapporti tra investitore e intermediario ma anche (per il tramite della prima) a garantire la realizzazione di un interesse della collettività quale quello della "integrità dei mercati " espressamente richiamato dall'art. 21 del T.U.F. Nè, ancora, si vuole mettere in discussione la natura imperativa (peraltro confermata dall'art. 190 del T.U.F) dei precetti in esame che, come più volte affermato in dottrina e giurisprudenza, costituiscono canoni comportamentali immediatamente conformanti il regolamento negoziale a prescindere da una

esplicita sussunzione delle dette regole nelle specifiche ipotesi di contratto all'uopo stipulate.
Ciò che non convince, piuttosto, è il tipo di rimedio suggerito per la violazione delle regole di condotta sancite da queste norme.
Non può non evidenziarsi, in primo luogo, che non sempre la violazione di una norma imperativa porta con sè la nullità del contratto. Lo precisa l'art. 1418, comma I che, nel prevedere le ipotesi di nullità virtuali da contrapporre a quelle testuali di cui al II comma, fa espressamente salvi i casi in cui è la stessa legge a prevedere un diverso rimedio a fronte della violazione del precetto imperativo.
Va poi sottolineato come nella specie trattasi di violazioni legate a norme di condotta, id est a comportamenti imposti *ex lege* ai singoli contraenti e divenuti parte integrante dei relativi contatti a prescindere da specifici richiami giusta l'art. 1374 c.c.; e la violazione di obblighi comportamentali in genere è destinata a provocare vizi non genetici – incidenti cioè sulla conclusione del contratto – bensì funzionali, inerenti quindi ad un contratto già perfezionato e strumentali a rimedi diversi dalla nullità quale la risoluzione del contratto e/o il risarcimento da inadempimento.
Non ignora peraltro il Collegio che negli anni, a livello legislativo e con ricadute non irrilevanti sul piano interpretativo, si è via via ridotta la linea di demarcazione tra regole di validità e regole di comportamento, quest'ultime in diverse occasioni considerate non più in prospettiva dello scioglimento dal rapporto e del risarcimento del danno bensì quali vizi direttamente incidenti sul momento genetico dell'accordo (proprio con riferimento al T.U.F., vedi l'art. 122 comma III). Siffatta tendenza va, tuttavia, radicalmente

esclusa la dove il legislatore, espressamente, abbia preso posizione per mantenere la violazione di regole comportamentali nell'ambito tradizionale dei vizi funzionali concretanti inadempimento agli obblighi contrattuali. E nella specie, il mantenimento dell'ordinario sillogismo tra regole di comportamento e giudizi di responsabilità trova una inequivoca conferma nel disposto di cui all'art. 23, comma VI del T.U.F. la dove, nel regolare l'onere della prova inerente il rispetto del grado di diligenza richiesto all'intermediario, viene espressamente precisato che la regola è destinata ad operare " nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento", così chiarendo che la violazione delle regole di condotta imposte all'intermediario è destinata ad incidere funzionalmente sul contratto ai fini della risoluzione e del risarcimento danni e non sulla conclusione dell'accordo.

Non sembra poi conducente il richiamo al precedente della Corte regolatrice sopra riportato. L'ipotesi affrontata e risolta dalla Corte, peraltro nella vigenza della legge 1/91, da ultimo superata dal T.U.F., involgeva la stipula di un contratto di negoziazione per il tramite di un intermediario abusivo; ed è di tutta evidenza che in siffatta ipotesi, la violazione di legge incideva direttamente sulla capacità del soggetto a stipulare inerendo quindi alla fase genetica del rapporto, al contratto come atto e non come rapporto. Più in particolare, così come recentemente affermato da altro Tribunale (Roma, sentenza del 25/5/05, ad oggi inedita, che si riporta pedissequamente per la relativa chiarezza) la pronuncia in questione riguardava un caso di "difformità tra fattispecie e schema normativo, cioè di contrasto – accertato

all'esito di un confronto per così dire statico – tra modello negoziale configurato dalla legge in astratto (con riguardo ad esempio ai requisiti soggettivi che devono essere posseduti da uno dei contraenti) e fattispecie realizzata dalle parti in concreto" mentre, nel caso in esame, le disposizioni violate "prescrivono obblighi comportamentali di cui si deve accertare in concreto l'esatto adempimento da parte della banca, alla luce dei parametri di diligenza stabiliti dalla legge nell'ambito di un giudizio di responsabilità da inadempimento".

Del resto ed infine, sul punto, militano in favore della tesi contraria alla nullità e favorevole all'inadempimento le ulteriori seguenti considerazioni.

In primis, va ricordato che la dove il legislatore, nel T.U.F., ha voluto correlare a specifiche violazioni la sanzione della nullità lo ha fatto espressamente (cfr l'art. 23, commi I e II, in tema di forma scritta del contratto di investimento e di richiamo agli usi); e lo ha fatto introducendo una nullità relativa, rilevabile cioè solo da parte dell'interessato, mentre pare al Collegio che in assenza di una apposita previsione esplicita da parte del legislatore, l'eventuale nullità virtuale qui ricavabile in via ermeneutica non potrebbe che essere assoluta.

Se fosse così, tuttavia, resterebbe da chiedersi come possa ritenersi logico un sistema che, per le ipotesi ben più pregnanti e di certo incidenti sulla formazione dell'accordo, quali quelle legate alla trasparenza delle operazioni di intermediazione sottese al vincolo di forma, prevede, in modo esplicito, una nullità per così dire attenuata mentre colpisce, per contro, violazioni inerenti obblighi di

condotta con la nullità, non espressamente sancita, assoluta del contratto.
Seguendo la tesi interpretativa qui criticata, resta poi poco comprensibile il disposto di cui all'art. 28 comma I lettera a Regolamento Consob in forza al quale se per un verso, prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono, (in quell'ottica) a pena di nullità (per la natura collettiva e non individuale dell'interesse tutelato), chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio, per altro verso consente all'intermediario di non procedere alla acquisizione di siffatti dati, sempre che il cliente si sia rifiutato di fornire le notizie richieste e tale rifiuto risulti dal contratto di cui al successivo articolo 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore.
Lascia perplessi, infatti, l'attribuzione ad una parte, l'investitore, non titolare esclusivo dell'interesse tutelato, della possibilità di consentire omissioni relative a regole comportamentali poste a tutela di interessi superiori, e quindi estranee al suo potere di disposizione; per contro, la norma riacquisisce razionalità intrinseca ove ci si sposti dal piano della validità a quello della responsabilità, ferma, peraltro, la considerazione, sulla quale si dirà da qui a poco, che in tali ipotesi, sempre in nome degli interessi sovra individuali che connotano tali rapporti negoziali, l'intermediario sarà comunque tenuto, per un adempimento immune da censure,

a valutare l'adeguatezza della operazione proposta considerando, in mancanza di altri dati utili al fine, il profilo di investitore avente la propensione al rischio più bassa.

Infine, la scelta interpretativa della nullità, pur se spinta dalla non emendabile intenzione di garantire - tramite la sanzione più radicale – la piena realizzazione degli interessi in gioco, involgenti il singolo contraente ed il regolare e corretto funzionamento dei mercati, potrebbe tuttavia portare nella pratica ad effetti distorsivi del tutto contrastanti con le finalità che la hanno motivata.

Va ricordato, infatti, che la declaratoria di nullità prescinde da una valutazione della incidenza della condotta asserita siccome illegale sull'assetto di interessi, immediato o indiretto, che appare sotteso alla singola negoziazione. Allontanandosi, cioè, dalla responsabilità per l'inadempimento, si finisce per considerare motivi di nullità omissioni o comportamenti che non risultando in linea con le regole di condotta normativamente imposte, non sono comunque destinati, ad incidere nè sull'interesse dell'investitore a stipulare nè, in via mediata, sulla stessa " integrità del mercato", tanto da favorire possibili speculazioni da parte del cliente che, innanzi ad una debacle dello strumento prescelto in alcun modo addebitabile all'intermediario, intenda approfittare del rimedio per privare di effetti una scelta, a monte, incauta. Con la particolarità, non del tutto irrilevante, che nella specie manca una specifica tipizzazione delle ipotesi di nullità, trattandosi di regole di condotta che non consentono una preventiva analitica tipizzazione normativa diversamente da quanto la forza dirimente del rimedio suggerito sembra invece imporre.

Ritiene quindi il Tribunale (oggi peraltro con il conforto, quantomeno in punto alla soluzione adottata, di non pochi precedenti conformi nel variegato panorama recentemente espresso dalla giurisprudenza di merito nella materia de qua: vedi Trib. Taranto, 27 Ottobre 2004, in Giur. It 2005,, 754; la citata Trib. Roma 25/5/05; Trib. Monza, sez Desio, 27/7/04 in Resp. Civ. e Prev. 2005, 135; Trib. Genova 15 Marzo 2005, ad oggi inedita; Trib. Rimini 11 maggio 2005, Trib. Torino 7 novembre 2005, Trib. Milano 24 novembre 2005, queste ultime tutte pubblicate su Giur. It. 2006, 521;) che alla luce di quanto sopra, a fronte di una asserita violazione degli obblighi di condotta, imposti *ex lege* e trasfusi in contratto gravanti, nei contratti di investimento, sull'intermediario, al cliente spetta il rimedio della risoluzione da inadempimento e/o del risarcimento del danno.

L'inadempimento, in particolare, attiene alla avvenuta esecuzione dell'ordine impartito dall'investitore senza ottemperare ai canoni comportamentali che trovano fonte immediata nel contratto di investimento e mediata nelle disposizioni di legge e regolamentari che disciplinano la materia de qua. Con l'ulteriore precisazione, per completezza di disamina, che, in ipotesi di iniziativa volta alla risoluzione:

- ad essere aggredito è il contratto base di investimento e non l'ordine, che costituisce solo un momento esecutivo e non un accordo;
- la gravità dell'inadempimento andrà vagliata tendendo conto della natura degli interessi tutelati, non esclusivamente riconducibili alla sfera soggettiva del contraente investitore;
- comunque, vertendosi in ipotesi di contratto di durata, opera il disposto di cui all'art. 1458 c.c. e

viene quindi travolto il contratto (di investimento) limitatamente al solo ordine negoziato in difformità agli obblighi di condotta, senza che la risoluzione si estenda agli altri ordini e acquisti posti in essere in forza del contratto base e che la stessa possa comunque incidere sul contratto di acquisto realizzato dall'intermediario con il terzo sul mercato).

Del resto, la scelta interpretativa qui espressa, trova oggi ulteriore supporto in un recente arresto della Corte regolatrice (Cass. 19024/05 in Giur. Comm. 2006, 4, 626) che nega fondatezza alla tesi della nullità virtuale.

Per la verità, è a dirsi che con la statuizione in oggetto la Corte, a differenza di quanto ritiene il Tribunale, finisce con l'affermare che la violazione delle regole di condotta in questione è fonte di responsabilità precontrattuale e non motivo di inadempimento contrattuale.

Tale scelta, tuttavia, non pare del tutto convincente, malgrado l'autorevolezza della fonte. Ciò in quanto la valutazione resa dalla Cassazione nell'occasione sembra prescindere da una corretta ricostruzione del fenomeno negoziale in esame e, in particolare, dei rapporti correnti tra il contratto quadro e i singoli ordini di acquisto impartiti dal cliente all'intermediario. Se si ritiene, così come ne è convito il Tribunale per quanto sopra più dettagliatamente evidenziato, che i singoli ordini di acquisto effettuati in base al contratto quadro debbano essere ricondotti nell'ambito delle dichiarazioni di volontà prive di natura negoziale (c.d. determinative) alla stregua degli atti esecutivi posti in essere dal mandatario su incarico del mandante nell'adempimento del contratto, non può poi non evidenziarsi l'assenza di sufficienti spazi

per pervenire sia alla conclusione della responsabilità pre-contrattuale sostenuta dalla Corte regolatrice che, del resto, a quella della annullabilità (addotta dalla difesa dell'attore tra le diverse e gradate prospettazioni articolate in citazione), le quali entrambe, indefettibilmente, presuppongono la natura negoziale e quindi la presenza di un accordo tra cliente e intermediario anche con riferimento ai singoli ordini di acquisto.

Considerato quanto sopra, non resta che scendere nel merito per valutare la fondatezza delle lagnanze di parte attrice funzionalizzate al risarcimento del danno legato all'inadempimento ascritto alla convenuta.

Guardando alle doglianze articolate in citazione, è agevole evidenziare che il Guidotto lamenta per un verso l'insufficienza delle informazioni fornite dall'intermediario in ordine al tenore dell'operazione compiuta e quindi l'inadeguatezza del prodotto finanziario acquistato se raffrontato al profilo di investitore ad esso riferibile; si duole, ancora, del mancato suggerimento da parte della convenuta quanto al disinvestimento dei titoli una volta manifestatosi in tutta la sua evidenza lo stato di difficoltà economica della impresa emittente. Si aggancia, quindi, nel prospettare l'inadempimento di parte convenuta, alle regole di condotta generale tracciate dagli artt. 28, comma II (in forza al quale, come si è visto "gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o

disinvestimento") e 29 regolamento Consob 11522/98 (il quale impone che "gli intermediari autorizzati debbono astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione" dovendo, in tali casi, informare l'investitore della inadeguatezza dell'operazione e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione e provvedere alla stessa solo in esito ad "un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute").

L'ultimo dei motivi di inadempimento addotti va negato in radice per l'evidente infondatezza in diritto del relativo assunto.

Va infatti escluso che in forza del contratto di negoziazione stipulato inter partes gravasse sull'intermediario l'obbligo specifico di attivarsi per favorire il disinvestimento del titolo in ipotesi di verosimile *default* dello stesso.

Più precisamente, ritiene il Tribunale che l'attività di consulenza finanziaria che si accompagna implicitamente al contratto di negoziazione e che appare sottesa ai tre momenti dell'obbligo di informarsi, informare e valutare l'adeguatezza dell'ordine impartito, trova un limite invalicabile, per l'appunto, nella negoziazione finalizzata all'acquisto o al disinvestimento, dovendosi escludere, per il resto, che gravi sull'intermediario in tali casi un obbligo specifico di monitorare l' andamento del titolo (e quindi della situazione finanziaria dell'emittente) al fine di suggerire all'investitore di intervenire sul mercato per ridurre eventuali conseguenze negative collegabili a probabili *default.* E nella specie è pacifico,

seguendo lo stesso assunto di parte attrice, che non venne conferito alcun ordine di disinvestimento nelle forme convenzionali imposte dal contratto base; circostanza, questa che avrebbe, per contro, attivato gli oneri comportamentali imposti all'intermediario si da poter concretare l'inadempimento lamentato in caso di ingiustificata omissione tout court o di suggerita inadeguatezza della operazione di disinvestimento.

Né, ancora, la sussistenza di un siffatto specifico obbligo può ritenersi desumibile dal regolamento negoziale inerente il collegato e accessorio rapporto di deposito titoli e custodia nella specie stipulato contestualmente al contratto base di negoziazione. Non si è, in tal caso, infatti, in presenza di un servizio di gestione su base discrezionale della Banca ma di un servizio di negoziazione, raccolta e trasmissione di ordini collegato ad un contratto di amministrazione c.d. statica, avente ad oggetto la mera custodia degli strumenti finanziari dei clienti. E nell'ambito di tale ultimo rapporto, la banca è abilitata a porre in essere esclusivamente le operazioni specificamente disposte dal cliente in forza e con le forme imposte dal contratto di negoziazione, risultandole preclusa la possibilità di attivarsi autonomamente nella gestione degli strumenti finanziari custoditi.

L'inadempimento deve piuttosto ritenersi comprovato già con riferimento alla violazione del primo dei degli obblighi di condotta sopra enunziati.

Giova in primo luogo ricordare che ai sensi del già citato art 23 T.U.F. gravava sull'intermediario l'obbligo processuale di fornire la prova del puntuale e corretto adempimento al dovere di

informazione imposto dalla normativa citata. E siffatta prova non è stata fornita avuto riguardo, per un verso, alla circostanza che le affermazioni di parte convenuta sul punto, contestate in radice della attrice già in forza della stessa prospettazione dei fatti, sono rimaste sul piano, inadeguato, delle mere asserzioni verbali e, per altro verso, per la intrinseca inidoneità delle stesse alla realizzazione del fine processuale perseguito (id est la prova del puntuale adempimento dell'obbligo di informare il cliente).

In parte qua, la banca convenuta ha affermato (pagg 30 e 31 della comparsa di risposta): a) di aver consegnato al cliente il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari; b) di aver spiegato, specificamente al Guidotto, all'atto dell'acquisto, che "il pagamento delle cedole e il rimborso del capitale erano garantiti esclusivamente dal patrimonio dell'emittente e che il rendimento particolarmente interessante dell'obbligazione si spiegava con il grado di rischio della stessa".

Ora, il dovere di informazione quale obbligo di condotta imposto ex lege all'intermediario rappresenta lo strumento esplicito diretto a garantire, tramite la protezione immediata dell'investitore su base individuale, il risultato riflesso della efficienza del mercato, diversamente compromessa in presenza di una inalterata sussistenza dell'asimmetria informativa che, per forza di cose, connota i rapporti tra intermediario e cliente retail. Per tale ragione la diligenza dell'intermediario viene, rispetto ai normali canoni contrattuali, costretta dentro vincoli di comportamento normativamente imposti che

tradiscono palesemente l'intenzione di tutelare un interesse ultroneo rispetto a quello immediatamente proprio del contraente più debole. Il dato normativo citato impone, per come appare di tutta evidenza, una immediata correlazione funzionale tra l'informazione da rendere al cliente e la consapevolezza in capo a quest'ultimo del significato dell'operazione posta in essere ovvero delle ragioni che ne sconsigliano il compimento; e ciò perchè solo l'attribuzione cognitiva al cliente degli elementi utili a pervenire ad una quanto più razionale scelta di investimento grazie ad una valida comprensione delle ragioni che giustificano la quotazione del prodotto consente di realizzare il fine ultimo della efficiente allocazione delle risorse.
Va da sé, poi, che la regola della informazione completa trova un logico corollario in quella legata alla valutazione, rimessa all'intermediario, di adeguatezza del prodotto al profilo di rischio del cliente. Solo l'investitore consapevole è in grado di valutare il warning opposto dall'intermediario all'acquisto del prodotto proprio perchè, in caso di informazione carente e non idonea al fine, non si attribuisce all'investitore, già sul piano astratto, la possibilità di scelte consapevoli in punto alla opportunità dell'investimento così da creare un netto distacco tra volontà dell'operazione e responsabilità del rendimento che ad essa consegue. E non a caso, l'art. 29 del citato regolamento nel prevedere, in capo all'intermediario che ritenga inadeguata l'operazione, ciò che si concreta, nella sostanza, in un obbligo di segnalazione (giacchè resta comunque all'investitore l'ultima parola in ordine all'acquisto), finisce con l'imporre non solo la comunicazione di siffatta valutazione negativa ma

anche delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla esecuzione dell'ordine: il fine ultimo è quello di inserire nel mercato un investitore consapevole delle scelte giacchè grazie a tale risultato si riesce a garantire una maggiore efficienza del mercato stesso.

Tanto premesso, occorre poi chiedersi quali debbano essere l'oggetto e le modalità che connotano siffatto obbligo di informazione.

Sul primo punto non può non evidenziarsi che l'informazione deve cadere - oltre che ovviamente sui costi dell'investimento – sulla disciplina dello strumento finanziario (pagamento delle cedole o dei dividendi, durata del rapporto etc) e sui rischi allo stesso legati (guardando alle caratteristiche di emissione, a quelle dell'emittente, al mercato di riferimento), così da consentire al cliente una consapevole conoscenza delle ragioni che risultano sottese al prezzo di mercato del prodotto e una elaborazione ragionata in punto alla opportunità dell'investimento.

Quanto alle modalità della informazione, nulla esclude che la stessa possa essere realizzata secondo clausole standardizzate diversificate tuttavia, in considerazione della natura dei prodotti e della soggettività dell'investitore, giacchè la tipizzazione delle comunicazioni contrattuali in parte qua non deve aprioristicamente ritenersi in contrasto con un informazione adeguata al fine. Ciò che rileva, piuttosto, è che non si tratti di informazioni tipizzate indistintamente, buone per tutte le ipotesi di negoziazione e che, comunque, il contenuto delle stesse, per la concretezza e la intellegibilità che le connota, risulti confacente alla negoziazione di specie.

Alla luce di quanto sopra e guardando al caso di specie, è agevole osservare che:

- lo scopo prefisso dall'obbligo di informare il cliente non può di certo ritenersi raggiunto tramite la consegna del documento sui rischi generali che, del tutto genericamente e comunque a prescindere dalla singola operazione, tende, una volta stipulato il contratto quadro, a rendere edotto l'investitore quanto alle caratteristiche minime di funzionamento del mercato finanziario;
- le informazioni asseritamente rese dalla banca all'investitore risultano solo labialmente affermate e prive di alcun riscontro probatorio;
- in ogni caso, le stesse, per come letteralmente rappresentate nella memoria difensiva, sono connotate da una tale genericità che di certo si contrappone alla compiuta consapevolezza che piuttosto andava garantita al cliente quanto al tenore dell'operazione in oggetto.

Di più. La genericità dell'informazione nella specie resa dall'intermediario si rivela quanto più stridente tanto più si guardi al fatto che nel caso in esame occorreva, a parere del Tribunale, una circostanziata rappresentazione sia delle caratteristiche peculiari della emittente, sia delle particolari modalità di emissione sia, infine, dello strumento finanziario in se.

Più precisamente, anche alla luce dei non pochi precedenti conformi emessi dalla giurisprudenza di merito in casi analoghi al presente (cfr. Trib. Bologna 30 maggio 2006; Trib. Genova 26 giugno 2006; Tribunale Rimini 22 marzo 2006; Tribunale Firenze 21 febbraio 2006; Tribunale Torino 9 febbraio 2006; Tribunale Cagliari 2 gennaio 2006; Tribunale Brindisi 22 Dicembre 2005, tutte su www.ilcaso.it) occorreva esplicitamente segnalare:

a) sul primo punto, che l'emissione veniva effettuata da società estera operante in un ordinamento nel quale non vigeva il limite massimo sancito ex art. 2410 c.c. e quindi legittimata ad emettere prescindendo dal limite costituito dal capitale versato ed esistente; b) sul secondo punto, che l'emissione, in quanto diretta ad investitori professionali, prescindeva dalla pubblicazione del prospetto informativo; c) sul terzo punto, che, proprio per quanto segnalato sub b, le informazioni inerenti l'emissione andavano ricavate dalla "*offering circular*" che accompagna le emissioni dirette ad investitori professionali, consegnandone copia al cliente o riportandone notizia quanto ai tratti salienti della stessa.

Ritiene pertanto il Tribunale comprovata la sussistenza dell'inadempimento ascritto alla convenuta quanto alla violazione della regola di condotta sancita dal comma II dell'art 28 del regolamento Consob più volte citato.

Passando dall'accertamento della condotta violata a quello del danno conseguenziale a siffatto inadempimento non può peraltro prescindersi dalla valutazione di adeguatezza del prodotto finanziario acquistato al peculiare profilo di rischio dell'investitore. E ciò non tanto guardando al versante della regola di comportamento, qui a dire dell'attore asseritamente violata, quale motivo di inadempimento contrattuale (giacchè l'inadempimento già acclarato in processo costituisce di per sè fonte autonoma di un danno risarcibile), quanto volgendo l'attenzione al profilo del danno eziologicamente correlato alla già riscontrata violazione contrattuale, sul presupposto che, pur in presenza di una insufficiente informazione, dovrebbe comunque negarsi la

sussistenza di un danno risarcibile la dove lo strumento finanziario acquistato si riveli comunque oggettivamente adeguato al profilo di rischio ascrivibile all'investitore.

Non va dimenticato, infatti, che ci si muove all'interno del risarcimento del danno da responsabilità contrattuale senza alcuna correlazione, peraltro, ad una contestuale richiesta di risoluzione; che, proprio per tale motivo ed a differenza delle pretese risarcitorie diversamente prospettabili nella specie (nullità, annullabilità, responsabilità precontrattuale) per potersi avere un nocumento risarcibile quale conseguenza eziologica della violazione dell'obbligo di informazione occorre acclarare se, una volta fornita la necessaria consapevolezza al cliente, questi avrebbe acquistato un prodotto maggiormente adeguato alle proprie caratteristiche per poi individuare le differenze di valore e rendimento tra il prodotto acquistato e quello adeguato; che infine (*rectius* a monte) ove il prodotto acquistato risulti, malgrado la carenza di informazioni, comunque adeguato all'investitore, non possa che concludersi per la insussistenza di un danno risarcibile.

Prima di procedere a siffatta verifica, va in punto di fatto sottolineato come risulti tra le parti incontroversa – per averla all'uopo dedotta l'attore in citazione e confermata la convenuta in comparsa e pur non rinvenendosene in atti alcuna conferma documentale - la circostanza in forza alla quale l'ordine scritto di acquisto in contestazione recava una siffatta esplicitazione, proveniente dall'intermediario: "la informiamo che l'ordine si riferisce a: un'operazione che in base alle informazioni in nostro possesso risulta, anche per

gli elementi di rischio in esso contenuti, per Lei inadeguata".

Dinanzi ad una siffatta precisazione contrattuale (si ribadisce, priva di riscontro documentale ma ritenuta dai contraddittori incontrovertibilmente sussistente) e alla luce di quanto sopra osservato in ordine alla incidenza che deve ascriversi al profilo della adeguatezza della operazione in punto all'accertamento di un nocumento risarcibile in ipotesi, come quella di specie, di già riscontrato inadempimento dell'obbligo di informare il cliente, viene da chiedersi se può ritenersi ugualmente responsabile l'intermediario, laddove, per come qui avvenuto, abbia comunque segnalato al cliente l'inadeguatezza dell'operazione.

Ritiene in particolare il Tribunale che una compiuta comunicazione della valutazione di inadeguatezza non può prescindere da una corretta esecuzione dell'obbligo di informazione del cliente e che conseguentemente, laddove correttamente effettuata, debba escludersi a monte la responsabilità dell'intermediario per il *default* connotante un prodotto finanziario adeguatamente sconsigliato all'investitore.

Più precisamente non appare superfluo ribadire che la valutazione di adeguatezza costituisce un corollario logico dell'obbligo di informare satisfattivamente il cliente e che la consapevolezza della scelta attribuita all'investitore, positiva o negativa che essa sia, dipende dal grado di informazioni allo stesso fornite sulle caratteristiche della operazione. Ne viene che la segnalazione della banca ai sensi dell'art. 29 del regolamento n. 11522 potrà ritenersi idonea a realizzare l'effetto di esonerare, a monte, l'intermediario dalle

conseguenze di un eventuale default del titolo ugualmente acquistato dal cliente laddove:

- risulti compiutamente adempiuto l'obbligo di informazione imposto ex art 28 stesso regolamento;
- la segnalazione risulti effettuata dando conto delle specifiche ragioni per le quali l'operazione appare inadeguata, così come espressamente sancito, per le ragioni logiche segnalate in precedenza, dalla stessa norma secondaria citata.

Diversamente, e cioè se l'informazione è carente e/o la segnalazione di inadeguatezza risulti acriticamente evidenziata senza specificazione delle ragioni che l' hanno fondata, deve escludersi che il cliente abbia acquisto la necessaria consapevolezza delle ragioni che sconsigliano il compimento dell'operazione e ne favoriscono una scelta ragionata con conseguente sostanziale inefficacia dell'avvertimento non idoneamente operato dall'intermediario (cfr espressamente sul punto Trib. Genova 3 Novembre 2006; 8 agosto 2006; 26 Giugno 2006; Trib. Lecce 12 Giugno 2006, tutte su www.ilcaso.it).

Nella specie, si è già detto della inidoneità delle informazioni fornite dalla convenuta all' attore in occasione dell'acquisto che occupa; di più, va rimarcata l'assunta mancanza di specifiche e circostanziate ragioni giustificatrici poste a fondamento della segnalazione di inadeguatezza si che la stessa, alla luce della motivazioni fondanti l'intervento normativo che ne impone l'effettuazione, deve ritenersi siccome priva di effetti e quindi non incidente sulla fattispecie in esame anche con riferimento al mero versante della individuazione di un danno risarcibile.

Tutto ciò precisato, ritiene il Tribunale necessario rimettere la causa sul ruolo istruttorio per consentire un accertamento tecnico diretto in primo luogo ad acclarare se, in considerazione del profilo di investitore ascrivibile all'attore in forza del dato comunque evincibile grazie agli elementi acquisiti nel corso del processo, il prodotto finanziario in contestazione possa o meno ritenersi adeguato per poi individuare, in caso di riscontrata inadeguatezza, l'eventuale danno ascrivibile alla convenuta.
Le spese con la sentenza definitiva

P.Q.M.

non definitivamente pronunziando, ogni ulteriore domanda rigettata, dichiara l'inadempimento contrattuale della convenuta siccome accertato e precisato in motivazione e dispone la rimessione della causa sul ruolo come da separata ordinanza per l'accertamento del danno consequenziale al riscontrato inadempimento.

*****

IX. Tribunale di Catania, sentenza 8 febbraio 2007 n. 518, X (Avv. C. Calì) c. Y, Pres. Paternò Raddusa, Est. La Mantia

Gli obblighi di informazione a carico dell'intermediario sono inversamente proporzionali al livello di preparazione specifica dell'investitore: ad un investitore esperto sarà sufficiente fornire indicazioni minime sulle caratteristiche dl singolo prodotto, al contrario di quanto sarà necessario fare nei confronti di un investitore inesperto

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI CATANIA

IV Sezione Civile, composto dai seguenti magistrati riuniti in Camera di Consiglio
Dott. Benedetto Peternò Raddusa Presidente
Dott. Nicola La Mantia Giudice rel./est.
Dott. Mariano Sciacca Giudice
Ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 10472/05 R.G. avente ad oggetto "risarcimento danni da inadempimento contrattuale in tema di intermediazione finanziaria", promossa da X elett.te dom.ta in Catania via G. Simili n. 16, presso lo studio dell'Avv. Carmelo Calì che la rappresenta e difende giusta procura a margine dell'atto di citazione

ATTRICE

Contro

Y, in persona del legale rapp.te pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. XX, presso il cui studio in Catania, è elett.te dom.to giusta procura in calce alla copia notificata della citazione

CONVENUTO

All'udienza collegiale di discussione del 13 Ottobre 2006 il Tribunale si riservava di decidere sulle conclusioni delle parti siccome rispettivamente precisate dalla convenuta nella istanza di fissazione della udienza e dall'attore in seno all'atto di citazione.
In esito alla riunione in camera di consiglio il Tribunale statuiva come da motivazione di seguito riportata, differendo il deposito della sentenza

giusta l'art. 16, comma V, del d. l.vo 5/03 nel termine massimo ivi sancito.

Ciò precisato, il Tribunale osserva

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con citazione notificata l'1/10/2005, X conveniva in giudizio Y, all'uopo esponendo, in fatto, che: - nel novembre dei 2001, con l'intermediazione della banca convenuta, aveva acquistato titoli obbligazionari emessi dalla Parmalat Finance Corporation BV per un importa totale di euro 21.000,00; - nel dicembre 2003 la capogruppo Parmalat Finanziaria S.p.A. aveva comunicato pubblicamente l'impossibilità di potere far fronte al pagamento delle proprie obbligazioni, con particolare riferimento alle cedole in scadenza dei bond venduti ai piccoli risparmiatori;

Ciò premesso in fatto, eccepiva, in diritto: a) la nullità del contratto stipulato per vizi di forma ex art. 23, comma 1, d. l.vo n.58/98 in forza del quale "I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto ed un esemplare è consegnato ai clienti. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo"; b) l'annullabilità per errore e dolo del contratto di intermediazione finanziaria stipulato con la banca convenuta atteso che la sua volontà negoziale era stata manifestata in presenza di una falsa rappresentazione (provocata dolosamente, o quantomeno colpevolmente, da vari soggetti) avuto riguardo, in particolare, alla reale situazione patrimoniale del gruppo Parmalat - come prospettata dai bilanci che riportavano un sostanziale ed apparente equilibrio economico a fronte del dissesto che notoriamente ebbe a manifestarsi da lì a poco tempo dopo - e alla erronea credenza di comprare obbligazioni emesse

dalla Parmalat S.p.A. e Parmalat Finanziaria italiana, quando invece le obbligazioni vendute appartenevano ad una società estera, con capitale sociale ridicolo (rispetto agli importi delta emissioni obbligazionarie); c) che la detta falsa rappresentazione aveva dato luogo a diversi errori essenziali ex art. 1429 c.c. perché caduti: a) sull'oggetto del contratto: l'attore riteneva di ricevere un titolo finanziario avente alla propria base una determinata situazione patrimoniale di equilibrio ed invece ne aveva comprato uno che riposava solo su una voragine di svariati miliardi di euro di debiti; d) sull'identità dell'oggetto della prestazione e su una qualità della stessa determinante del consenso: l'attore credeva di acquistare prodotti finanziari che avevano attraversato il vaglio, quantomeno della liceità e della legalità, dell'operazione finanziaria di emissione dei bond. Tale qualità si era rivelata inesistente perché egli aveva, per contro, comprato titoli che non avrebbero mai potuto e dovuto esistere all'interno dei mercati finanziari, siccome privi di tutti i requisiti minimi richiesti dalla legge per la loro immissione sul mercato; e) sulla natura del contratto: l'attore riteneva di acquistare un titolo soggetto all'alea dei mercati dal quale attendersi ricavi o perdite collegate all'andamento del mercato industriale e/o finanziario ed invece ne aveva comprato uno frutto di un'operazione di mera truffa ed aggiotaggio; f) che l'errore era altresì riconoscibile da parte della banca poiché, ex art. 1431 c.c., in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di media diligenza avrebbe potuto rilevarlo" considerato peraltro il ruolo professionale della convenuta tale da conoscere la reale situazione finanziaria di una società o di un gruppo; g) di più, che non solo di errore poteva parlarsi

nella specie, indubitabile essendo la volontà della convenuta di trarre in inganno il cliente si da riportare la fattispecie sotto l'egida dei dolo determinante, causa di annullamento del contratto a norma dell'art. 1439 c.c; h) la violazione da parte della banca delle regole di diligenza, correttezza e trasparenza imposte dal T.U.F e dal regolamento Consob n. 11522/98 e, specificamente, di quelle relative agli obblighi informativi. In particolare, risultava violato il combinato disposto di cui agli art. 21 T.U.F., 26 e 28 Reg. Consob 11522/1998, per aver la convenuta quantomeno omesso di informarsi diligentemente sul tenore dei prodotti negoziati, mancato di informare adeguatamente il cliente del rischio legato alle obbligazioni in esame e ugualmente favorito la negoziazione degli stessi pur in presenza di indici che sconsigliavano l'operazione avuto riguardo al profilo di rischio dell'investitore; i) che, peraltro, quanto alla adeguatezza del prodotto negoziato rispetto al profilo di rischio dell'investitore, proprio in ragione della mancata osservanza degli obblighi informativi di cui si è appena detto, andava rimarcata la inefficacia - per contrasto con l'art. 1469 bis c.c. - della clausola sottoscritta dal cliente all'atto del conferimento dell'incarico di acquisto dei titoli del seguente tenore: "La informiamo che l'ordine si riferisce a: un'operazione che in base alle informazioni in nostro possesso risulta anche per gli elementi di rischio in esso contenuti per Lei inadeguata" e ciò in quanto l'avere totalmente omesso di informare il cliente circa il contenuto dell'investimento aveva concretato un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi scaturenti dal contratto in danno dell'aderente, riferendosi

espressamente tale clausola proprio a quelle informazioni circa la capacità patrimoniale del cliente che, ove richieste - come previste per legge- avrebbero effettivamente consentito alla banca di allertare l'investitore rispetto ad un'iniziativa finanziaria considerata inadeguata in relazione al patrimonio dello stesso, così esonerandolo da eventuali responsabilità in caso di andamento negativo dell'investimento; la violazione delle norme relative alla sollecitazione al pubblico risparmio ed, in particolare, dell'art. 94 T.U.F. il quale prevede che:

"1. Coloro che intendono effettuare una sollecitazione all'investimento ne danno preventiva comunicazione alla CONSOB, allegando il prospetto destinato alla pubblicazione.

2. Il prospetto contiene le informazioni che, a seconda delle caratteristiche dei prodotti finanziari e degli emittenti, sono necessarie affinché gli investitori possano pervenire a un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria e sull'evoluzione dell'attività dell'emittente nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti"; m) la violazione del divieto di agire in conflitto di interessi, atteso che al momento dell'emissione dei prestiti obbligazionari, l'istituto convenuto e/o il gruppo al quale apparteneva vantava ingenti crediti nei confronti delle società del gruppo che, in considerazione delle pessime condizioni finanziarie dello stesso, erano di fatto all'epoca già inesigibili. Si trattava, quindi, di operazioni dirette a sanare i propri crediti, ossia in palese conflitto di interessi. La banca, inoltre, - nella quasi totalità dei casi – era già proprietaria dei titoli in questione, avendoli nel proprio portafoglio il che trovava conferma nel fatto che nel relativo fissato bollato si legge: "Y vende i sottoindicati titoli con godimento regolare per consegna e

pagamento per contanti a .."; ciò confermava che la banca non aveva svolto le funzioni del semplice intermediario, ma aveva alienato beni già in suo possesso. Nella fattispecie in esame si era verificato anche il caso disciplinato dagli artt. 1394 e 1395 c.c. per avere la X, svolto le funzioni d'intermediario e al contempo di venditore.

Ciò posto, l'attrice, come sopra rappresentata e difesa, rassegnava le seguenti conclusioni « Piaccia al Tribunale di Catania: in via principale, accertare e dichiarare la nullità del contratto di investimento avente ad oggetto obbligazioni de! gruppo Parmalat stipulato dalla sig.ra X in data 7.11.2001 con il Y, per difetto di forma e conseguente violazione dell'art.23 d. lgs. 24.2.1998 n. 58, e comunque per illiceità della causa ai sensi degli arti. 1343 cc stante la violazione degli artt. 21 d. lgs. citato, nonché dell'art.28 e 29 del Regolamento Consob n. 11522/98; in subordine, pronunciare l'annullamento del contratto in parola ex art. 1429 e ss., 1439, 1394 e 1395 cc; in ogni caso, dichiarare inefficace ex art. 1469 bis e segg. cc la clausola contenuta nella proposta di acquisto dei titoli del seguente tenore: la informiamo che l'ordine si riferisce a: un'operazione che in base alle informazioni in nostro possesso risulta - anche per gli elementi di rischio in esso contenuti - per Lei inadeguata; per l'effetto, dichiarare tenuta e condannare il Y alla restituzione della complessiva somma di €. 21.000,00, oltre interessi legali dal dì della stipula del contratto al saldo; in ulteriore subordino, dichiarare tenuta e condannare il al risarcimento di tutti i danni arrecati alla sig.ra X a causa dei comportamenti meglio specificati in premessa; danni tutti che si quantificano nella

complessiva somma di €.21.000,00, ovvero in quell'altra somma maggiore o minore che verrà ritenuta di giustizia, oltre interessi dal dì del dovuto al saldo; inoltre, oltre alle somme sopra indicate, dichiarare tenuta e condannare il X al pagamento in favore della sig.ra X della somma di €.10.000,00 (ovvero di quell' altra somma maggiore o minore che sarà ritenuta di equità), a titolo di danno esistenziale e comunque non patrimoniale, ex art. 2043 e 2059 c.c., oltre interessi dal dì del dovuto al saldo».

Con comparsa notificata nel rispetto del termine concessole dall'attore la convenuta contestava in fatto e diritto la prospettazione dell'attrice ed invocava, pertanto, il rigetto delle avverse domande.

In esito alla notifica della comparsa di costituzione e risposta la convenuta provvedeva poi alla tempestiva notifica e quindi al deposito della istanza di fissazione udienza in esito alla quale il Giudice relatore all'uopo designato fissava con decreto l'udienza Collegiale di discussione.

Depositate, infine, le rispettive comparse conclusionali la causa, in esito alla discussione orale innanzi al Collegio, veniva così decisa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Dall'esame della documentazione prodotta dalla banca convenuta emerge incontestabilmente che la X ebbe a sottoscrivere in data 3.4.2001 lettera contratto con la quale conferì alla banca convenuta l'incarico di procedere all'attività di acquisto, deposito titoli in custodia ed amministrazione e che in data 7.11.2001 la banca, su ordine scritto della X acquistò le obbligazioni emesse dalla Parmalat Finance per un valore nominale di €. 21.000,00 ed un esborso di €. 21.967,68 (v. documentazione in atti).

Quanto sopra induce, innanzitutto, a rigettare la domanda di nullità del contratto per mancanza di forma proposta dall'attrice, avendo la banca dato prova dell'esistenza dei documenti sottoscritti dalla X ed, in particolare, del contratto quadro in forza al quale è stato di poi reso l'ordinativo di acquisto oggi in contestazione.

Ciò chiarito e passando ad occuparci di un ulteriore profilo di invalidità dell'acquisto del 7.11.2001 indicato dall'attrice in domanda, occorre verificare se, nel caso di specie, sia stata posta in essere dalla banca una attività di mera negoziazione in conto proprio, ovvero, per come sostenuto da parte attrice, una diversa attività di sollecitazione all'investimento nei titoli per cui è causa.

In proposito va rilevato come l'art.1, lett. t), T.U.F. (D. L.vo 58/98) espressamente definisce «sollecitazione all'investimento»: ogni offerta, invito a offrire o messaggio promozionale, in qualsiasi forma rivolti al pubblico, finalizzati alla vendita o alla sottoscrizione di prodotti finanziari; non costituisce sollecitazione all'investimento la raccolta dei depositi bancari o postali realizzata senza emissione di strumenti finanziari".

Per come emerge dai contenuto della trascritta disposizione si ha, quindi, «sollecitazione all'investimento» ogni qual volta si è in presenza di una offerta (di vendita o sottoscrizione di prodotti finanziari), in qualsiasi forma rivolti al pubblico, indistintamente rivolta ad "*incertam personam*", a condizioni standardizzate. Proprio perché indirizzata ad una platea indeterminata di investitori — e quindi per l'esigenza primaria di preservare la fiducia del pubblico dei risparmiatori - la sollecitazione deve essere preceduta dalla pubblicazione di un prospetto (esplicativo di tutte

le informazioni necessarie a consentire al pubblico degli investitori una valutazione consapevole sia dell'emittente che del prodotto) da comunicare alla Consob, chiamata, in taluni casi, ad autorizzarne preventivamente la diffusione.

A differenza di quella di «sollecitazione all'investimento» appena sopra descritta quella di «negoziazione» si caratterizza perché trattasi di attività individualizzata di compravendita di strumenti finanziari, realizzata, di volta in volta, a condizioni differenziate e non standardizzate: così, ad esempio, può essere "per conto proprio" quando l'intermediario ha acquistato i titoli e li rivende al cliente al fine di lucrare la differenza tra il prezzo di acquisto e vendita dello strumento compravenduto o “per conto terzi” quando l'intermediario agisce nell'interesse esclusivo del cliente acquisendo una provvigione.

A differenza dell'attività di «sollecitazione» quella di «negoziazione» non è soggetta ai penetranti controlli sopra esposti (così, ad es., nell'attività di negoziazione non è determinante la presenza del prospetto informativo) ma, poiché attraverso essa si mette comunque in gioco il superiore interesse della integrità dei mercati e considerando, altresì, l'esigenza di tutela dell'investitore per la asimmetria informativa che ne connota sfavorevolmente la posizione a fronte di quella propria dell'intermediario, si vede assoggettata ad una serie di regole di condotta normativamente prefissate, dirette ad incidere in modo sostanziale sul comportamento chiesto agii intermediari.

Così individuata la differenza tra «sollecitazione all'investimento» e «negoziazione», ritiene il Collegio che spetti alla banca convenuta l'onere di provare che non si trattò di attività rientrante nel primo

tipo, per come sostenuto dall'attrice in citazione, bensì di attività di negoziazione "e ciò per ragioni diverse, in parte fondate su considerazioni di ordine generale, in parte determinate dalla peculiarità degli interessi cui risulta finalizzata tutta la disciplina di settore. Prendendo le mosse da quest'ultimo dato, giova segnalare come - aderendo sul punto alla disamina interpretativa recentemente prospettata in materia da attenta dottrina - le esigenze di trasparenza e correttezza che permeano la disciplina normativa della sollecitazione all'investimento ed improntano gli obblighi gravanti sugli emittenti, offerenti e intermediari collocatori al fine precipuo di garantire i destinatari dell'offerta pubblica, ben possano giustificare lo spostamento in capo all'intermediario dell'onere di allegare e comprovare gli elementi in fatto grazie ai quali risalire alla esatta individuazione dell'attività connotante l'acquisto di specie anche alla luce del peculiare principio dettato dall'art. 23 del T.U.F. in tema di servizi di investimento cui può farsi riferimento in via di interpretazione analogica. Guardando poi ai principi generali e, in particolare, a quello di cosiddetta vicinanza della prova, può altresì coerentemente affermarsi che grava sull'intermediario convenuto - chiamato, nella prospettazione dell'attore, a rispondere del mancato adempimento agli obblighi imposti dalla sollecitazione all'investimento - l'onere di dimostrare di aver osservato il precetto normativo o, ancor più in radice, di non aver tenuto comportamenti elusivi dello stesso proprio perché altre e diverse erano le regole di condotta da osservare alla luce della effettiva consistenza dell'attività posta in essere. Del resto, sembra evidente che la reale entità della operazione posta in essere ben più agevolmente potrà essere giudizialmente chiarita

dall'intermediario il quale, attraverso la deduzione e la dimostrazione di chiare circostanze positive, immediatamente legate alle modalità di effettuazione dell'operazione di acquisto, potrà smentire la sussistenza del presupposto indefettibile della sollecitazione, *id est* la offerta standardizzata e rivolta generalmente al pubblico del prodotto in contesa, per portare la fattispecie sotto l'egida della mera negoziazione individuale" (v. Trib. Catania, pres. G.B. Macri, giudice est. Dott. B. Paternò Raddusa, causa n.10900/06 RG, contro inedita). Ne consegue che nella fattispecie in esame, a giudizio del Tribunale, può affermarsi che la banca convenuta ha dato prova della riconducibilità del rapporto in esame alla figura della negoziazione (in particolare in contropartita diretta), adducendo una serie di circostanze mai contraddette dalla difesa dell'attore tanto da divenire incontroverse anche alla luce del disposto di cui all'art. 10, comma III, del d. l.vo 5/03. In particolare, dall'insieme delle asserzioni difensive formulate dalla banca in risposta a quanto sostenuto dall'attore in citazione si ricava: a) che le obbligazioni acquistate dalla X facevano parte di una emissione resa da società estera sull'euromercato; b) che essa convenuta non faceva parte dei consorzio di collocamento delle dette eurobbligazioni; c) che nella specie, a seguito della stipula del contratto quadro, la aveva spontaneamente deciso di investire, tra i diversi titoli a sua disposizione, parte del suo portafoglio nelle dette obbligazioni.

Quanto appena esposto consente al Tribunale di escludere ogni fondatezza e rilievo al richiamo, operato dall'attore, alle regole disciplinanti la sollecitazione all'investimento.

E' opinione del Collegio, inoltre - venendo così ad affrontare un ulteriore eccezione mossa dall'attrice - che l'operazione in questione non ebbe a realizzarsi in presenza del conflitto di interessi previsto dalla lettera c dell'art. 21, del T.U.F. e regolamentato, quanto alla condotta richiesta all'intermediario, dall'art. 7 del regolamento n.11522 della Consob.

Ed invero, la presenza di negoziazioni di titoli compiute dalla banca in contropartita con il cliente non è, da sola, sufficiente a fare ritenere sussistente una situazione di conflitto di interessi laddove la compravendita, così come nella specie appare processualmente incontroverso, si sia perfezionata sulla base di un ordine conferito spontaneamente dal cliente e manchi, per contro, la prova che l'operazione si sia perfezionata su suggerimento o su sollecitazione dell'intermediario diretta a perseguire scopi ulteriori e diversi rispetto alla realizzazione dell'interesse del cliente (v. Trib Genova 8 maggio 2006; Trib Milano 26 aprile 2006, tutte su www.il caso.it)

In ordine all'eccepita nullità e/e annullabilità dell'ordine di acquisto delle obbligazioni Parmalat impartito dalla X alla Y osserva il Collegio come la inosservanza degli obblighi posti dalla legge a carico dell'intermediario nello svolgimento dell'attività di negoziazione non determina, come conseguente sanzione, alcuna di quelle invocate dall'attrice, dovendosi, invece, inquadrare il rimedio giudiziale nella risoluzione e/o nel risarcimento da inadempimento contrattuale.

È opportuno, al riguardo, prendere le mosse dalle disposizioni contenute nel T.U.F. (artt 21 e 23) e nel citato Reg. Consob n. 11522/98 (artt da 26 a 30) che regolamentano i doveri degli intermediari

finanziari nello svolgimento dei servizi di investimento.
In particolare, l'art. 21 del TUF prevede - tra gli altri criteri generali - che, nella prestazione dei servizi di investimento e accessori, i soggetti abilitati devono "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati (lettera a), acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati (lettera b)". In attuazione del precetto generale dettato nel T.U.F., l'art. 26 del regolamento 11522 sancisce poi a carico degli intermediari, sempre nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare, "l'obbligo di acquisire una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire (lettera e)"; ai sensi dei successivo art 28 è altresì previsto che "prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio" mentre "l'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo articolo 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore"; ancora, giusta il comma II del citato art. 28, "gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non

dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento"; infine, ai sensi dell'art. 29 stesso regolamento, è espressamente imposto che "gli intermediari autorizzati debbono astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione" dovendo, in tali casi, informare l'investitore della inadeguatezza dell'operazione e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione e provvedere alla stessa solo in esito ad "un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute".

Ciò precisato, ritiene il Tribunale, in aderenza ad un recente arresto (v. Trib. Catania, Pres. Macrì, est. dott. Paternò Raddusa, in www.ilcaso.it), che la violazione delle prescrizioni contenute negli artt. 21 T.U.F. e 28 e 29 Reg 11522/98 non determini la nullità dell'ordine di acquisto dei titoli per la natura imperativa dei precetti violati, siccome sostenuto da una parte della giurisprudenza sul rilievo che le norme in questione sono poste a presidio di interessi che superano la sfera soggettiva del contraente immediatamente interessato, perché dirette a tutelare l'ordine pubblico economico costituzionalmente garantito, bensì l'inadempimento della banca fonte di responsabilità contrattuale, non trattandosi di vizio genetico, relativo alla stipulazione del contratto, bensì di vizio funzionale, che riguarda il contratto già concluso e le prestazioni che dovevano essere rese.

Ritiene, quindi, il Tribunale che a fronte di una asserita violazione degli obblighi di condotta, imposti ex lege e trasfusi in contratto gravanti, nei contratti di investimento, sull'intermediario, al cliente spetta il rimedio della risoluzione da inadempimento e/o del risarcimento del danno.

L'inadempimento, in particolare, attiene alla avvenuta esecuzione dell'ordine impartito dall'investitore senza ottemperare ai canoni comportamentali che trovano fonte immediata nel contratto di investimento e mediata nelle disposizioni di legge e regolamentari che disciplinano !a materia de qua. Con l'ulteriore precisazione, per completezza di disamina, che, in ipotesi di iniziativa volta alla risoluzione:

- ad essere aggredito è il contratto base di investimento e non l'ordine, che costituisce solo un momento esecutivo e non un accordo; - la gravità dell'inadempimento andrà vagliata tendendo conto della natura degli interessi tutelati, non esclusivamente riconducibili alla sfera soggettiva del contraente investitore; - comunque, vertendosi in ipotesi di contratto di durata, opera il disposto di cui all'art. 1458 c.c. e viene quindi travolto il contratto (di investimento) limitatamente al solo ordine negoziato in difformità agli obblighi di condotta, senza che la risoluzione si estenda agli altri ordini e acquisti posti in essere in forza del contratto base e che la stessa possa comunque incidere sul contratto di acquisto realizzato dall'intermediario con il terzo sul mercato).

La scelta interpretativa qui espressa trova oggi ulteriore supporto in un recente arresto della Corte regolatrice (Cass. 19024/05 in Giur. Comm. 2006, 4, 626) che nega fondatezza alla tesi della nullità virtuale anche se, a differenza di quanto

ritiene il Tribunale, finisce con l'affermare che la violazione delle regole di condotta in questione è fonte di responsabilità precontrattuale e non motivo di inadempimento contrattuale. Trattasi, però, di conclusione che non pare del tutto convincente, malgrado l'autorevolezza della fonte. Ciò in quanto la valutazione resa dalla Cassazione nell'occasione sembra prescindere da una corretta ricostruzione del fenomeno negoziale in esame e, in particolare, dei rapporti correnti tra il contratto quadro e i singoli ordini di acquisto impartiti dal cliente all'intermediario. Se, infatti, si ritiene che i singoli ordini di acquisto effettuati in base al contratto quadro debbano essere ricondotti nell'ambito delle dichiarazioni di volontà prive di natura negoziale (c.d. determinative), non può poi non evidenziarsi l'assenza di sufficienti spazi per pervenire sia alla conclusione della responsabilità pre-contrattuale sostenuta dalla Corte regolatrice che, del resto, a quella della annullabilità (addotta dalla difesa dell'attore tra le diverse e gradate prospettazioni articolate in citazione), le quali entrambe presuppongono la natura negoziale e quindi la presenza di un accordo tra cliente e intermediario anche con riferimento ai singoli ordini di acquisto.

Considerato quanto sopra, non resta che scendere nel merito per valutare la fondatezza delle lagnanze di parte attrice funzionalizzate al risarcimento del danno legato all'inadempimento ascritto alla convenuta.

La ha lamentato per un verso l'insufficienza delle informazioni fornite dall'intermediario in ordine al tenore dell'operazione compiuta; si duole anche del mancato suggerimento da parte della convenuta quanto ai disinvestimento dei titoli una volta

manifestatosi in tutta la sua evidenza lo stato di difficoltà economica della impresa emittente.
Richiama, quindi, nel prospettare l'inadempimento di parte convenuta, le regole di condotta generale tracciate dagli artt. 28, comma II e 29 regolamento Consob 11522/98.
L'ultimo dei motivi di inadempimento addotti va negato in radice per l'evidente infondatezza in diritto del relativo assunto.
Va infatti escluso che in forza del contratto di negoziazione stipulato inter partes gravasse sull'intermediario l'obbligo specifico di attivarsi per favorire il disinvestimento dei titolo in ipotesi di verosimile *default* dello stesso. Deve, invero, escludersi che gravi sull'intermediario in tali casi un obbligo specifico di monitorare l'andamento del titolo (e quindi della situazione finanziaria dell'emittente) al fine di suggerire all'investitore di intervenire sul mercato per ridurre eventuali conseguenze negative collegabili a probabili default nei casi in cui non sia stata convenuto nulla di specifico in proposito. E nella specie è pacifico, seguendo lo stesso assunto di parte attrice, che non venne conferito alcun ordine di disinvestimento nelle forme convenzionali imposte dal contratto base; circostanza, questa, che avrebbe, per contro, attivato gli oneri comportamentali imposti all'intermediario si da poter concretare l'inadempimento lamentato in caso di ingiustificata omissione tout court o di suggerita inadeguatezza della operazione di disinvestimento.
Diverse considerazioni si impongono, invece, con riferimento all'inadempimento connesso alla violazione dei primo degli obblighi di condotta sopra enunziati.

Giova in primo luogo ricordare che ai sensi del già citato art. 23 T.U.F. gravava sull'intermediario l'obbligo processuale di fornire la prova del puntuale e corretto adempimento ai dovere di informazione imposto dalla normativa citata. E siffatta prova non è stata fornita avuto riguardo, per un verso, alla circostanza che le affermazioni di parte convenuta sul punto, contestate in radice della attrice già in forza della stessa prospettazione dei fatti, sono rimaste sul piano probatorio del tutto indimostrate (la prova per testi invocata dalla banca non è stata ammessa dal GD con provvedimento confermato, sul punto, anche dal Tribunale attesa l'estrema genericità dell'articolato di prova), e, per altro verso, per la intrinseca inidoneità delle stesse alla realizzazione del fine processuale perseguito (id est la prova del puntuale adempimento dell'obbligo di informare il cliente).

In particolare, la banca non ha provato di avere informato l'investitore: 1) sulla natura e le caratteristiche essenziali del prodotto (pagamento delle cedole o dei dividendi, durata dei rapporto etc); 2) sulla natura giuridica della società emittente i titoli in questione, sul suo volume di affari, sul suo capitale sociale, se esso fosse stato interamente versato o meno (in particolare, non risulta provato che la banca abbia informato l'attore che si trattava di missione effettuata da società estera operante in un ordinamento nel quale non vigeva il limite massimo sancito ex art. 2410 c.c. e quindi legittimata ad emettere prescindendo dal limite costituito dal capitale versato ed esistente); 3) sugli eventuali rapporti di collegamento e/o partecipazione societaria; 4) sulla redditività media dei titoli negoziati,

mediante riferimento comparativo all'utile ricavato dalle precedenti collocazioni di detto titolo sui mercati; 5) che l'emissione, in quanto diretta ad investitori professionali, prescindeva dalla pubblicazione del prospetto informativo; 6) che, proprio per quanto segnalato sub 5, le informazioni inerenti l'emissione andavano ricavate dalla "offering circular" che accompagna le emissioni dirette ad investitori professionali, consegnandone copia al cliente o riportandone notizia quanto ai tratti salienti della stessa (cfr. Trib. Bologna 30 maggio 2006; Trib. Genova 26 giugno 2006; Trib. Rimini 22 marzo 2006; Trib. Firenze 21 febbraio 2006; Trib. Torino 9 febbraio 2006; Trib. Cagliari 2 gennaio 2006; Trib. Brindisi 22 Dicembre 2005, tutte su www.ilcaso.it), Trattasi di informazioni che, indipendentemente dalle concrete modalità con cui avrebbero potuto essere fornite (anche con il ricorso a clausole standardizzate diversificate, tuttavia, in considerazione della natura dei prodotti e della soggettività dell'investitore, dovendosi, di contro, escludere informazioni tipizzate indistintamente, buone per tutte le ipotesi di negoziazione), avrebbero consentito al risparmiatore una piena consapevolezza circa le caratteristiche degli strumenti finanziari che stava per acquistare, anche al fine di permettergli una scelta motivata in ordine alla opportunità dell'investimento, e che, nella specie, risultano del tutto omesse.

Il comportamento tenuto dalla banca convenuta, invece, costituisce "l'antitesi del principio di trasparente e corretta informazione delle vicende concernenti l'acquisto del valori mobiliari, cui – in attuazione dell' art. 47 Cost. - si ispira il T.U.F." (v. Trib. Brindisi sent. 26.12.2005, in www.ilcaso.it,

che, però, conclude dichiarando la nullità del contratto). Né, del resto, può indurre a diverse conclusioni la circostanza, documentata dalla banca e non contestata, che l'investitore prese visione, prima dell'acquisto delle obbligazioni per cui è causa, del Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari, trattandosi di informativa "inidonea, a causa del suo contenuto altamente generico, a garantire quella conoscenza concreta ed effettiva del titolo negoziato che l'intermediario deve assicurare in modo da rendere il cliente capace di tutelare il proprio interesse e di assumere consapevolmente i rischi dello specifico investimento" (v. Tribunale Foggia, sent. 21.4.2006, in www.ilcaso.it; Trib. Genova 18.4.2005) e destinata, invece, una volta stipulato il contratto quadro, a rendere edotto l'investitore quanto alle caratteristiche minime di funzionamento del mercato finanziario. Parimenti del tutto irrilevante si appalesa l'ulteriore circostanza, anch'essa ampiamente documentata dalla banca e non contestata, che la, non fosse affatto uno "sprovveduto investitore" in balia della banca, ma, al contrario, avesse una buona conoscenza del mercato mobiliare nel quale operava e continua ad operare con particolare assiduità. Ed invero, le più o meno approfondite conoscenze del mercato mobiliare acquisite dall'investitore non possono certo valere ad esimere "in toto" l'intermediario dai propri obblighi informativi sopra meglio indicati con specifico riferimento al singolo prodotto negoziato, potendo, al più, assumere rilievo al fine di graduare la misura del predetto obbligo; è evidente, infatti, che gli obblighi di informazione a carico dell'intermediario sono inversamente proporzionali

al livello di preparazione specifica dell'investitore: nei confronti di un investitore esperto sarà sufficiente fornire indicazioni minime sulle caratteristiche del singolo prodotto, al contrario di quanto sarà necessario nei confronti di un investitore inesperto o poco esperto. Né, ancora, rileva la circostanza che la Parmalat Finanziaria abbia mantenuto fino ai novembre 2003 un giudizio di bassa probabilità di insolvenza (BBB-), in quanto i titoli in questione, emessi da società di diritto olandese, erano garantiti esclusivamente dalla Parmalat spa, compagine sociale non quotata in borsa e priva di rating. Da ultimo, non vale richiamare la circostanza che l'attrice — per come documentato dalla banca - rifiutò di fornire le informazioni di cui all'art. 28 del Reg. Consob, in quanto deve ritenersi che l'intermediario di prodotti finanziari sia, comunque, tenuto ad adempiere ai propri obblighi informativi sopra indicati in ordine al singolo prodotto e ciò a prescindere dalla scelta dell'investitore di non rendere alla banca le informazioni ex art.28 Reg. Consob. Per come esposto da questo Tribunale nel recente arresto già citato (v. Trib. Catania, pres. G.B. Macrì, est. Dott. B. Paternò Raddusa, causa n. 10900/06 inedita) "il dovere di informazione quale obbligo di condotta imposto ex lege all'intermediario rappresenta lo strumento esplicito diretto a garantire, tramite la protezione immediata dell'investitore su base individuale, il risultato riflesso della efficienza del mercato, diversamente compromessa in presenza di una inalterata sussistenza dell'asimmetria informativa che, per forza di cosa, connota i rapporti fra intermediario e cliente retail. Per tale ragione la diligenza dell'intermediario viene, rispetto ai normali canoni contrattuali, costretta dentro

vincoli di comportamento normativamente imposti che tradiscono palesemente l'intenzione di tutelare un interesse ultroneo rispetto a quello immediatamente proprio del contraente più debole. Il dato normativo citato impone, per come appare di tutta evidenza, una immediata correlazione funzionale tra l'informazione da rendere al cliente e la consapevolezza in capo a quest'ultimo del significato dell'operazione posta in essere ovvero delle ragioni che ne sconsigliano il compimento; e ciò perchè solo l'attribuzione cognitiva al cliente degli elementi utili a pervenire ad una quanto più razionale scelta di investimento grazie ad una valida comprensione delle ragioni che giustificano la quotazione del prodotto consente di realizzare il fine ultimo della efficiente allocazione delle risorse. Va da se, poi, che la regola della informazione completa trova un logico corollario in quella legata alla valutazione, rimessa all'intermediario, di adeguatezza del prodotto al profilo di rischio del cliente. Solo l'investitore consapevole è in grado di valutare il *warning* opposto dall'intermediario all'acquisto del prodotto proprio perchè, in caso di informazione carente e non idonea al fine, non si attribuisce all'investitore, già sul piano astratto, la possibilità di scelte consapevoli in punto alla opportunità dell'investimento così da creare un netto distacco tra volontà dell'operazione e responsabilità del rendimento che ad essa consegue. E non a caso, l'art. 29 del citato regolamento nel prevedere, in capo all'intermediario che ritenga inadeguata l'operazione, ciò che si concreta, nella sostanza, in un obbligo di segnalazione (giacchè resta comunque all'investitore l'ultima parola in ordine all'acquisto), finisce con l'imporre non solo la comunicazione di siffatta valutazione negativa ma anche delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla esecuzione dell'ordine: il fine ultimo è quello di

inserire nel mercato un investitore consapevole delle scelte giacchè grazie a tale risultato si riesce a garantire una maggiore efficienza del mercato stesso".

Quanto sin qui esposto induce questo Tribunale a considerare ampiamente provata la violazione da parte della banca convenuta delle regole di condotta contenute nell'art.21 T.U.F. e nell'art.28 Reg. Consob del 1998.

Accertata, quindi, la violazione da parte della banca delle regole di condotta normativamente imposte e spostando l'analisi sul tema dei danno conseguenziale a siffatto inadempimento, occorre muovere dalla valutazione di adeguatezza del prodotto finanziario acquistato al peculiare profilo di rischio dell'investitore atteso che, pur in presenza di una insufficiente informazione, dovrebbe comunque negarsi la sussistenza di un danno risarcibile la dove lo strumento finanziario acquistato si riveli comunque oggettivamente adeguato al profilo di rischio ascrivibile all'investitore.

Va, in proposito, osservato che parte attrice, in seno all'atto di citazione, ha chiesto la condanna della banca convenuta al risarcimento dei danni scaturenti dall'inadempimento e non anche la risoluzione del contratto. Al riguardo, appare necessario prendere le mosse dal disposto degli artt.1218 e 1453 cc. Recita l'art. 1218 c.c.: "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"; dispone l'art. 1453 c.c.: "Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro

può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno. La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento, ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione. Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione". Per come evidenziato dalla pressoché costante giurisprudenza «l'art. 1453 c.c., facendo salvo "in ogni caso" il risarcimento del danno, non solo esclude che la domanda di risarcimento presupponga necessariamente quella di risoluzione del contratto, ma pone in evidenza come essa possa essere proposta tanto cumulativamente con quella di risoluzione o di adempimento quanto anche da sola» (Cass., 6 dicembre 1968, n. 3911; Cass., 6 agosto 1965, n. 1874; Cass., 12 febbraio 1988, n. 1530; Cass., 23 luglio 1994, n. 6887; Cass. 5774/98; Cass. 10741/02; Cass. 11103/04; Cass. 23966/04).

L'indipendenza della domanda di risoluzione rispetto a quella di risarcimento del danno si fonda sia sul dato letterale della norma (ove è contenuto l'inciso "in ogni caso") come appena sopra rilevato, sia sulla diversità degli interessi che le due azioni sono destinate a soddisfare: la prima, infatti, mira a tutelare l'interesse confluito nel contratto, mentre con la seconda si tende a soddisfare un interesse diverso corrispondente l'accertata diminuzione di valore subita dal patrimonio del contraente non inadempiente, avuto riguardo a tutte le conseguenze attive e passive, determinato dall'inadempimento.

Da ultimo, va altresì segnalata, a conferma dell'autonomia delle due diverse azioni, la diversità dei requisiti richiesti per l'accoglimento di ciascuna

di esse, atteso che, diversamente da quella di risoluzione contrattuale, la domanda di risarcimento dei danni prescinde da ogni accertamento in ordine alla gravità dell'inadempimento.

Acclarata, quindi, l'autonomia delle due diverse azioni e la piena ammissibilità di quella spiegata da parte attrice, avulsa dalla domanda di risoluzione, ritiene il Collegio che nella fattispecie che occupa sussistano i presupposti per l'accoglimento della domanda di risarcimento dei danni scaturenti dall'inadempimento dell'istituto convenuto per le motivazioni già sopra svolte.

Per potersi, però, avere un nocumento risarcibile quale conseguenza eziologica della violazione dell'obbligo di informazione occorre accertare se, una volta fornita la necessaria consapevolezza al cliente, questi avrebbe acquistato un prodotto maggiormente adeguato alle proprie caratteristiche per poi individuare le differenze di valore e rendimento tra il prodotto acquistato e quello adeguato; con la conseguenza che, ove il prodotto acquistato risulti, malgrado la carenza di informazioni, comunque adeguato all'investitore, dovrà concludersi per la insussistenza di un danno risarcibile.

Prima di procedere a siffatta verifica, va in punto di fatto sottolineato come risulti tra le parti controversa e per averla all'uopo dedotta l'attore in citazione e contestata la convenuta in comparsa e non rinvenendosene in atti alcuna conferma documentale - la circostanza in forza alla quale l'ordine scritto di acquisto in contestazione recava una siffatta esplicitazione, proveniente dall'intermediario: "la informiamo che l'ordine si riferisce a: un operazione che in base alle

informazioni in nostro possesso risulta, anche per gli elementi di rischio in esso contenuti, per Lei inadeguata". Trattasi, per come segnalato, di precisazione che non risulta documentalmente provata dall'attrice e che, al contrario, è stata recisamente contestata dalla banca e della quale, quindi, il Tribunale non può tenere conto ma che, in ogni caso - alla luce di quanto sopra osservato in ordine alla incidenza che deve ascriversi al profilo della adeguatezza della operazione in punto all'accertamento di un nocumento risarcibile in ipotesi, come quella di specie, di già riscontrato inadempimento dell'obbligo di informare il cliente — non varrebbe ad escludere la responsabilità dell'intermediario venuto comunque meno agli obblighi informativi sopra segnalati.

Ritiene in particolare il Tribunale che una compiuta comunicazione della valutazione di inadeguatezza non può, infatti, prescindere da una corretta esecuzione dell'obbligo di informazione del cliente e che conseguentemente, laddove correttamente effettuata, debba escludersi a monte la responsabilità dell'intermediario per il default connotante un prodotto finanziario adeguatamente sconsigliato all'investitore.

Nel già citato precedente (v. Trib. Catania, Pres. G.B. Macrì, Est. Dott. B. Paternò Raddusa, causa n.10900/06 RG, contro inedita) questo Tribunale ha, al riguardo, affermato che "Più precisamente non appare superfluo ribadire che la valutazione di adeguatezza costituisce un corollario logico dell'obbligo di informare satisfattivamente il cliente e che la consapevolezza della scelta attribuita all'investitore, positiva o negativa che essa sia, dipende dal grado di informazioni alto stesso fornite sulle caratteristiche della operazione. Ne viene che la

segnalazione della banca ai sensi dell'art. 29 del regolamento 11522 potrà ritenersi idonea a realizzare l'effetto di esonerare, a monte, l'intermediario dalle conseguenze di un eventuale *default* del titolo ugualmente acquistato dal cliente laddove: - risulti completamente adempiuto l'obbligo di informazione imposto ex art. 28 stesso regolamento; - la segnalazione risulti effettuata dando conto delle specifiche ragioni per le quali l'operazione appare inadeguata, così come espressamente sancito, per le ragioni logiche segnalate in precedenza, dalla stessa norma secondaria citata.

Diversamente, e cioè se l'informazione è carente e/o la segnalazione di inadeguatezza risulti acriticamente evidenziata senza specificazione delle ragioni che l'hanno fondata, deve escludersi che il cliente abbia acquisito la necessaria consapevolezza delle ragioni che sconsigliano il compimento dell'operazione e ne favoriscono una scelta ragionata con conseguente sostanziale inefficacia dell'avvertimento non idoneamente operato dall'intermediario (cfr espressamente sul punto Trib. Genova 3 Novembre 2006, 8 agosto 2006; 26 Giugno 2006; Trib Lecce 12 Giugno 2006 , tutte su www.ilcaso.it").

Tutto ciò precisato, ritiene il Tribunale necessario rimettere la causa sul ruolo istruttorio per consentire un accertamento tecnico diretto in primo luogo ad accertare se, in considerazione dei profilo di investitore ascrivibile all'attore in forza del dato comunque evincibile grazie agli elementi acquisiti nel corso del processo (rifiuto da parte dell'attrice di fornire alla banca le informazioni previste dall'art.28 Reg. Consob; esperienza nel mercato dell'intermediazione mobiliare), il prodotto

finanziario in contestazione possa o meno ritenersi adeguato per poi individuare, in caso di riscontrata inadeguatezza, l'eventuale danno ascrivibile alla convenuta.

Le spese vanno liquidate con la sentenza definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale di Catania, non definitivamente decidendo nella causa iscritta al N. 10472/05 RG., disattesa ogni altra domanda ed eccezione: dichiara l'inadempimento della banca convenuta agli obblighi contrattualmente assunti nei confronti di parte attrice e, per l'effetto, accoglie la domanda di risarcimento danni proposta da X. Dispone la prosecuzione del giudizio per l'ulteriore istruzione come da separata ordinanza.

Spese alla sentenza definitiva.

Si comunichi ai procuratori costituiti delle parti.

Così decisa in Catania, in data 12.1.2007

*****

X. Tribunale di Barcellona Pozzo Di Gotto, sentenza 21 giugno 2007, Puglisi M. (Avv.ti A. Imbruglia e E. Benvegna) c. Intesa Trade SIM S.p.A., Pres. Lanza Volpe, Est. Albanese

E' inadeguata l'operazione di acquisto di obbligazioni Cirio per un investitore con bassa propensione al rischio ricavabile dalla presenza in portafoglio di obbligazioni a basso rendimento e dalla professione svolta di insegnante di scuola materna.

La violazione delle norme di comportamento cui è tenuto l'intermediario nella fase di esecuzione degli ordini dà luogo a responsabilità per inadempimento e non a nullità.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI BARCELLONA POZZO DI GOTTO

Nella persona dei magistrati:

dott. Armando Lanza Volpe	Presidente
dott. Antonino Zappalà	Giudice
dott. Carlo Albanese	Giudice rel.

Ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile promossa da

XXXXXXXX nata a ..... residente a ....., ivi elettivamente domiciliata in via G. Garibaldi n. 161 presso lo studio dell'Avv. Alessandro Imbruglia che la rappresenta e difende, unitamente e disgiuntamente all'Avv. Eugenio Benvegna, come da procura posta a margine dell'atto di citazione;

ATTRICE

Contro

YYYYYYYY S.p.A., con sede in ..... in persona del vice Presidente del Consiglio di Amministrazione ed Amministratore delegato, rappresentato e difeso dall'Avv. Z,

CONVENUTO

Oggetto: azione volta ad ottenere la nullità e/o annullamento del contratto di acquisto di bond Cirio e risarcimento del danno.

CONCLUSIONI RASSEGNATE DALLE PARTI

Per l'attrice, così come formulate nell'istanza di fissazione d'udienza: I) "In via preliminare, ritenuto il carattere imperativo delle norme violate dai funzionari del Y nell' operazione di vendita dei titoli per cui è causa ed il carattere peculiare degli interessi di natura pubblicistica protetti, identificabili con la

tutela dei risparmiatori soggetti deboli ed in forte asimmetria informativa rispetto agli operatori abilitati del risparmio pubblico, della correttezza ed efficienza del mercato dei valori mobiliari (cfr. Cass. 07/03/2001 n. 3272; Trib. Mantova 18/03/2004; Trib. Taranto 17/10/2004) dichiarare la nullità del relativo contratto di acquisto-trasferimento dei titoli obbligazionari Cirio concluso con la sig.ra odierna attrice, e per l'effetto condannare la banca convenuta a rifondere l'intera somma sostenuta da parte attrice per l'acquisto dei bond di cui è causa, già quantificata e specificata nell'atto introduttivo del giustizio; 2) In via subordinata condannare la banca convenuta, previa dichiarazione di risoluzione del contratto per grave inadempimento a lei imputabile, alla restituzione di quanto ottenuto per effetto della conclusione del contratto, compresi interessi legali, rivalutazione monetaria, oneri e accessori oltre al risarcimento dei danni da liquidarsi anche in via equitativa in mancanza di prova del preciso ammontare per impossibilità di fornire congrui e idonei elementi al riguardo e/o per difficoltà di precisa quantificazione, derivati dal sopraddetto grave inadempimento al contratto di mandato per la prestazione dei servizi di investimento; 3) In ogni caso accogliere le domande attrici per come prospettato nelle domande conclusive di cui all'atto di citazione e per come parrà di giustizia; 4) Con vittoria di spese e compensi del presente giudizio, oltre rimb. forf. spese, cpa ed iva, da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore anticipatario".

Per l'attrice, così come formulate nell'atto introduttivo del giudizio:

"In via preliminare ritenere e dichiarare la nullità dell'ordine di acquisto del 01.07.2002 relativo alla operazione n. 235111 per violazione delle norme

imperative di cui al D. Lgs. 24.02.1998 n. 58 – T.U.F. - (art. 21) e al successivo regolamento attuativo n. 1522/98 emanato dalla CONSOB (artt. 26, 27, 28, 29) ed in relazione agli artt. 1418 e 1343 c.c., condannando per l'effetto la Banca convenuta Y S.p.A., alla restituzione della somma di € 25.330,92 così come risulta dal fissato bollato n. 7701 (cfr. art. 3) oltre a ogni eventuale altro importo dalla stessa trattenuto a titolo di oneri e/o commissioni inerenti l'operazione suddetta, oltre risarcimento del danno comprensivo di danno emergente (corrispondente alla totale perdita del capitale investito, pertanto da liquidarsi con riferimento alla somma di danari impiegata per l'acquisto dei titoli) e lucro cessante (avuto riguardo ai vantaggi economici che l'odierna attrice avrebbe potuto conseguire con la disponibilità delle dette somme e se la banca convenuta si fosse comportata professionalmente anche solo sconsigliando l'operazione di acquisto titolo CIRIO. Conseguentemente si chiede che la convenuta venga condannata a rifondere all'attore l' ammontare del capitale investito altre interessi e rivalutazione monetaria e/o maggiori danni che l'On.le Tribunale vorrà liquidare con le decorrenze di legge e nella misura che saranno provati ovvero, in subordine in via equitativa.

Nel caso liquidare il risarcimento del danno anche in via equitativa, il tutto oltre interessi legali dall' 01. 07.2002 al saldo e rivalutazione monetaria; in via subordinata riconoscere e dichiarare l'annullamento del medesimo contratto ai sensi e per gli effetti dell''art. 1427 c.c., condannando per l'effetto la società convenuta alla restituzione della somma di € 25.330,92 oltre interessi legali dal 01.07.2002 al saldo e rivalutazione monetaria; in via ancor più subordinata ritenere e dichiarare che

nelle operazioni di collocamento delle obbligazioni Cirio, Y spa ha tenuto per le motivazioni sopra esposte, ed in particolare per l'omissione di informazioni doverose, una condotta violativi del dovere di buona fede contrattuale e dell'obbligo di diligenza specifica (art. 23, c. VI, D. Lgs. 58/98, art. 28, II c. e art. 96, c. II lett. C regolamento CONSOB n. 11522/98, art. 1337 c.c.) e per l'effetto condannare la banca convenuta al risarcimento dei danni subiti e subendi da liquidarsi in misura pari all'investimento sollecitato, oltre interessi e danni da svalutazione monetaria e/o maggiori danni subiti e *subendi,* dal dovuto al soddisfo; in via ulteriormente subordinata, riconoscere e dichiarare che comunque la sig.ra X è incorsa nella perdita della somma di denaro investita per colpa dell'intermediaria oggi convenuta che, operando con negligenza, imprudenza imperizia se non in mala fede, ha spinto la sig.ra X. ad effettuare il rischiosissimo investimento di cui si è detto e per l'effetto ad incorrere nella perdita del capitale ed in tutti i maggiori danni che ne sono seguiti. Conseguentemente condannare il Y spa al risarcimento del danno con la restituzione della somma investita oltre interessi, rivalutazione e/o maggiori danni subiti e subendi nella misura che risulterà provata, benvista anche se del caso in via equitativa".

Per la convenuta, così come formulate nella comparsa di costituzione:

“Dichiarare e ritenere infondata in fatto ed in diritto la eccepita nullità dell'ordine di acquisto sottoscritto da parte dell'attrice dell'attrice per cui è causa e, per l’effetto, rigettarla;

dichiarare e ritenere inammissibile, improcedibile ed infondata in fatto ed in diritto la domanda di

annullamento e/o risoluzione dell'ordine per cui è causa;
in ogni caso dichiarare e ritenere infondata la richiesta di risarcimento del danno, peraltro priva di qualsivoglia offerta di prova;
nella non temuta ipotesi in cui venga accolta l'una o l'altra delle richieste di parte attrice, ritenere e dichiarare che essa ha goduto di un riconoscimento del credito da parte dell'amministrazione straordinaria del Gruppo Cirio, conseguentemente riducendo la somma da restituire in altra minore che il Tribunale vorrà determinare a seguito di CTU che attualizzi le previsioni di realizzo a seguito della ammissione al passivo della richiamata procedura concorsuale.
Nella non temuta ipotesi in cui il Tribunale dovesse ritenere di condannare la Banca concludente alla restituzione delle somme versate in relazione alle somme versate in relazione all'ordine di acquisto per cui è causa (anche soltanto parzialmente), ordinare alla attrice di mettere a disposizione della banca stessa e/o trasferire alla banca stessa i titoli oggetto di causa;
con vittoria di spese e compensi".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 11.5.2006 l'attrice in epigrafe, premettendo di essere titolare del c/c n. 1007257 presso l'istituto bancario Y S.p.A., filiale di Barcellona P. G., esponeva: che, su esplicita sollecitazione del funzionario T e sulla base della prospettazione di un investimento certamente redditizio ed a basso rischio, aveva effettuato un ordine di acquisto di bond Cino fin 00/02 7,50% n. 6631320, per un controvalore di Lit. 46.470.480, come risultante dal contratto redatto in pari data; che, tra l'altro, i titoli non

erano mai stati acquistati dall'intermediario sul mercato finanziario, bensì già presenti nel portafoglio della banca e rivenduti al cliente in evidente conflitto di interessi; che, inoltre, il cliente non aveva ricevuto alcun prospetto informativo e/o alcuna documentazione relativa ai rischi generali di investimento in strumenti finanziari, né durante le trattative, né all'atto della sottoscrizione, né successivamente all'ordine di acquisto; che, ancora, non era stata fornita alcuna adeguata informazione in ordine alla natura ed ai rischi dell'investimento, nonché alla possibile perdita del capitale investito ed al notevole indebitamento del gruppo di cui faceva parte la società emittente.

Tanto premesso, chiedeva dichiararsi la nullità del contratto stipulato per assenza del prospetto informativo nella sollecitazione all'investimento, per inosservanza degli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza dell'informazione nella fase contrattuale, pre-contrattuale e successiva, nonché per violazione di specifiche norme imperative poste a tutela del risparmio di cui al D. LGS. N. 58/1998 e Reg. Consob n. 11522/98, con le consequenziali restituzioni.

In subordine, ne chiedeva l'annullamento ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1427 c.c., con correlativa restituzione del capitale versato oltre accessori, risarcimento dei danni e, in via ancora subordinata, stante la violazione del dovere di buona fede contrattuale e l'obbligo di particolare diligenza incombente sull'intermediario, insisteva per la condanna al risarcimento dei danni subiti, pari alla misura dell'investimento effettuato, oltre interessi, rivalutazione monetaria e vittoria di spese e compensi difensivi.

Si costituiva il Y S.p.A., eccependo l'infondatezza della domanda di dichiarazione di nullità del contratto stipulato in quanto l'eventuale (e non ricorrente nella fattispecie) inosservanza degli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza incombenti sull'intermediario non costituiva causa di nullità del contratto bensì, semmai, di risoluzione dello stesso per inadempimento.

Asseriva, peraltro, che alcuna sollecitazione all'investimento era mai stata rivolta alla quale era stato vieppiù consegnato il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari, così come documentato dalla dichiarazione appositamente sottoscritta dalla stessa, nonché il prospetto informativo, sebbene non vi fosse alcun obbligo in tal senso, non trattandosi, per l'appunto, di sollecitazione all'investimento in strumenti finanziari rivolti al pubblico e che, tra l'altro, l'investimento effettuato era perfettamente in linea con i precedenti investimenti effettuati dalla cliente.

Inoltre, del tutto inammissibile doveva ritenersi la domanda di annullamento del contratto ex art. 1427 c.c., sia perché tardiva, sia per mancata specificazione degli elementi posti a base della stessa, sia perché sfornita del ben che minimo supporto probatorio.

Tanto premesso, chiedeva dichiararsi improcedibili e/o inammissibili ovvero rigettarsi nel merito le domande attrici, con vittoria di spese e compensi difensivi, insistendo, in caso contrario, per la riduzione della somma dovutale a seguito dell'avvenuto riconoscimento del credito in sede "fallimentare" (in cui si era nel frattempo insinuata), con consequenziale ordine alla stessa di restituzione dei titoli oggetto di causa.

Con ordinanza presidenziale emanata in data 27.7.2006 veniva dichiarata l'inammissibilità dell'istanza di fissazione di udienza depositata in data 21.7.2006, con contestuale assegnazione all'attrice del termine di gg. 30 per eventuale replica.

Con istanza regolarmente notificata in data 6.11.2006 chiedeva fissarsi l'udienza ex art. 8 comma 2 lett. C) D. Lgs. n. 5/2003, depositata la quale il giudice relatore, dichiarate inammissibili le istanze istruttorie avanzate dall'attrice e rigettate quelle articolate dalla convenuta, fissava per la discussione l'udienza collegiale del 21.6.2007.

A tale udienza, assunto l'interrogatorio libero delle parti, previa discussione orale della causa, il Collegio riservava la decisione, con termine di trenta giorni per il deposito della sentenza ex art. 16, comma 5, legge n. 5/2003

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La domanda di risoluzione per inadempimento.

Occorre, preliminarmente, affermare l'inammissibilità della domanda di risoluzione del contratto per grave inadempimento imputabile alla convenuta avanzata dall'attrice proposta solo con l'istanza di fissazione dell'udienza collegiale notificata in data 16.11.2006.

Sul punto, uno sbarramento sicuro all'introduzione di nuove eccezioni in senso stretto, di modificazione e/o precisazione di domande e, quindi, a maggior ragione, di domande nuove, è rappresentato dal momento in cui viene notificata l'istanza di fissazione d'udienza.

Non può in alcun modo dubitarsi che l'art. 10, comma 2, laddove precisa che "a seguito della

notificazione dell'istanza di fissazione di udienza tutte le parti decadono dal potere di proporre", si rivolga sia nei confronti di chi ha promosso l'istanza, sia nei confronti del destinatario, con le sole eccezioni di cui all'art. 12, comma 8 e 13 comma 3 e, pertanto, non essendo la domanda di risoluzione stata ritualmente proposta nell'atto di citazione (cfr. conclusioni riportate in epigrafe) e non essendo neppure conseguenza delle difese svolte dal convenuto, così come possibile ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. b, in questa sede non può che dichiararsene l'inammissibilità.

2. La domanda subordinata di annullamento ex art. 1427 c.c..

Nonostante nell'atto di citazione si faccia riferimento ad una domanda di annullamento del contratto stipulato ex art. 1427 c.c., ossia, assai genericamente, per errore, violenza o dolo, tale domanda non è stata riportata nella definitiva formulazione delle conclusioni effettuate con l'istanza di fissazione dell'udienza, ragion per la quale la stessa, già in sé eccessivamente generica e, pertanto, inammissibile, deve ritenersi implicitamente abbandonata.

3. La disciplina di settore.

La fattispecie in esame trova diretta regolamentazione nella disciplina di settore confezionata sia nel T.U.F. n. 58/98 (artt. 21 e 23 per quel che qui più direttamente interessa), sia nel successivo regolamento attuativo della Consob n. 11522/98 (artt. da 26 a 30) che, com'è noto, costituiscono le fonti normative, primaria e secondaria, in seno alle quali risultano cristallizzati i doveri degli intermediari finanziari nello svolgimento dei servizi di investimento. Più

in particolare, l'art 21 del T.U.F prevede — tra gli altri criteri generali — che, nella prestazione dei servizi di investimento e accessori, i soggetti abilitati devono "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati (lettera a), acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati (lettera b).

In attuazione del precetto generale dettato nel T.U.F., l'art. 26 del regolamento n. 11522 sancisce poi a carico degli intermediari, sempre nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare, "l'obbligo di acquisire una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire (lettera e)".

Ai sensi del successivo art. 28 è altresì previsto che "prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio" mentre "l'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo articolo 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore".

Ancora, giusta il comma II del citato art. 28, "gli intermediari autorizzati non possono effettuare o

consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento".

Infine, l'art. 29 stesso regolamento, espressamente impone che "gli intermediari autorizzati debbono astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione" dovendo, in tali casi, informare l'investitore della inadeguatezza dell'operazione e delle ragioni per cui non é opportuno procedere alla sua esecuzione e provvedere alla stessa solo in esito ad "un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute".

In punto di fatto, va segnalato come con contratto dell'1.3.2002 l'attrice ebbe a conferire alla convenuta l'incarico a tempo indeterminato, di negoziare, ricevere o trasmettere ordini su strumenti finanziari secondo le modalità ivi espressamente regolate (doc sub 4 del fascicolo della convenuta); in ottemperanza all'impegno a monte assunto con il contratto sopra citato e allo specifico ordine impartitole dall'investitore, la banca convenuta ha poi provveduto ad acquistare le obbligazioni Cirio descritte in narrativa (doc sub 6 stesso fascicolo).

4.Lo schema contrattuale del rapporto intercorso tra le parti.

Il quadro normativo sopra riferito fa ritenere che lo schema relativo alla negoziazione di strumenti

finanziari, pur se non esaustivamente riconducibile alle figure codicistiche del mandato o della commissione, trovi in questi tipi contrattuali forti momenti di analogia che divengono punti di assoluta identità con specifico riguardo agli ordini impartiti all'investitore e portati ad esecuzione dall'intermediario in forza dell'incarico conferito a monte.

Più precisamente, può affermarsi:

a) che i particolari doveri imposti normativamente agli intermediari, riassunti nella sinergia tra gli obblighi di informarsi (sulla situazione finanziaria del cliente, sulla propensione al rischio dello stesso, sulla conoscenza che questi ha del mercato finanziario e sulle connotazioni del prodotto oggetto dell'investimento), informare (il cliente della tipologia del prodotto finanziario oggetto di interesse) e di non effettuare operazioni non adeguate (alle informazioni attive e passive sopra riferite), trovino una immediata giustificazione nella esigenza di ridurre la asimmetria informativa che contraddistingue le relazioni tra intermediario e investitore e si sostanziano, conseguentemente, in regole di condotta sicuramente più stringenti rispetto a quelle dettate nel codice civile in punto ai doveri di correttezza, lealtà e diligenza chiesti al mandatario;

b) che, pur se gli obblighi gravanti sull'intermediario non consentono di ricondurre lo schema del contratto relativo alla negoziazione di strumenti finanziari pedissequamente alla figura del mandato, non v'è ragione, per contro, per distinguere tra l'ordine impartito dall'investitore

all'intermediario e le istruzioni dettate dal mandante al mandatario nella esecuzione del mandato, trattandosi in entrambi i casi di dichiarazioni non negoziali di volontà (c.d. determinative) cui fa seguito una mera attività esecutiva (l'acquisto o il disinvestimento) che non si concreta in un ulteriore accordo tra le parti (proprio perché l'intermediario esegue e non accetta di eseguire l'ordine);

c) che, quanto affermato sub b), trova conferma nel disposto dell'art. 29 del regolamento 11522 il quale, in presenza di operazioni non adeguate, legittima l'intermediario ad astenersi dall'esecuzione, imponendogli, tuttavia, di dare comunque corso all'ordine in caso di insistenza in tal senso manifestata dal cliente all'uopo debitamente informato.

Pertanto, il contratto stipulato, pur se non riconducibile, pedissequamente, all'alveo della disciplina dettata in tema di mandato, da questa trae la sua struttura di base (concretandosi in un contratto con il quale l'investitore conferisce all'intermediario l'incarico avente ad oggetto l'attività di negoziazione e raccolta ordini su strumenti finanziari) differenziandosene in relazione alla particolare rilevanza degli obblighi di diligenza imposti al mandatario (in considerazione della specialità dell'oggetto dell'incarico e dei soggetti che lo eseguono).

Si tratta, in particolare, di mandato senza rappresentanza per effetto del quale la banca acquista per ordine del cliente ma in nome proprio (art, 1705 c.c.), a ciò autorizzata dal cliente come risulta dal modulo (“la banca è autorizzata ad agire per conto del cliente anche in nome proprio”) ed è tenuta a ritrasferire al cliente gli strumenti

finanziari acquistati, salvo il diritto di quest'ultimo a rivendicarli (art. 1706 c.c.).

Si badi, peraltro, che l'acquisto dello strumento finanziario da parte del cliente non è l'effetto di un ulteriore contratto traslativo fra banca e quest'ultimo, non ha cioè la causa di un ulteriore ed autonomo contratto bancario e non è soggetto alle relative norme, ripetendo la propria causa dal contratto di negoziazione, del quale rappresenta mero adempimento.

Può, pertanto, ragionevolmente affermarsi (secondo quanto affermato da attenta dottrina) che I'ordine rivolto alla banca dal cliente è atto unilaterale esecutivo del contratto di "mandato" e non già una proposta contrattuale che presuppone un'accettazione volta alla conclusione di un contratto di compravendita.

A sua volta la banca, nel momento in cui acquista sul mercato i titoli di cui all' ordine del cliente, pone in essere una prestazione meramente esecutiva da intendersi quale adempimento del contratto di "mandato" (come sopra accennato, i titoli acquistati dalla banca - e tale contratto rappresenta l'atto esecutivo del contratto di mandato - entrano a far parte del patrimonio del cliente per effetto del meccanismo del mandato senza rappresentanza).

Ciò debitamente precisato in ordine alla tipologia del rapporto instauratosi tra le parti, possono analizzarsi i rimedi a disposizione del cliente che ritenga aver subito pregiudizi da comportamenti negligenti posti in essere dall'istituto di credito.

5. Le teorie sostenute: la nullità virtuale, la risoluzione per inadempimento ed il risarcimento del danno.

Ebbene, alla violazione delle prescrizioni contenute negli artt. 21 T.U.F. e 28 e 29 Reg. 11522/98 parte

considerevole della giurisprudenza merito (ed in passato anche questo stesso Collegio), in ragione della natura imperativa dei precetti violati, fa seguire la nullità virtuale dell'ordine di acquisto dei titoli.

La predetta tesi fa leva sull'assunto per il quale le norme violate sono poste a presidio di interessi che superano la sfera soggettiva del contraente interessato, perché dirette a tutelare l'ordine pubblico economico costituzionalmente garantito (v. Cass. Civ. sent. n. 3272/2001 secondo la quale " in presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di una espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418, comma 1, c.c., che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità. Pertanto - poiché il carattere inderogabile delle disposizioni della l. 2 gennaio 1991 n. 1, che prevedono la necessità dell'iscrizione all'albo delle società di intermediazione mobiliare, previo accertamento da parte della CONSOB della sussistenza di una serie di requisiti, deriva dalla natura, pubblica e generale, degli interessi con esse garantiti, che concernono la tutela dei risparmiatori "uti singuli" e quella del risparmio pubblico come elemento di valore della economia nazionale - è affetto da nullità assoluta il contratto di "*swap*" (da annoverare tra le attività di intermediazione mobiliare disciplinate dalla suddetta legge) stipulato, in contrasto con la stessa, da un intermediario abusivo, atteso l'interesse

dell'ordinamento a rimuovere detto contratto per le turbative che la conservazione di esso é destinata a creare nel sistema finanziario generale", nonché, per l'affermazione dei medesimi principi Tribunale di Barcellona P. G. 21.7.2005). L'assunto, quantunque autorevolmente affermato, non può essere condiviso.

Sebbene non sia controverso che le ragioni poste a fondamento della normativa sopra richiamata superino la sfera meramente soggettiva del singolo contraente debole - il risparmiatore non professionale privo delle necessarie conoscenze utili ad un consapevole approccio con il mercato finanziario - cosa che il rafforzamento degli obblighi di condotta imposti in nome delle regole di correttezza, lealtà e diligenza ordinariamente dettate dal diritto comune con riferimento alla fase di esecuzione del contratto appare diretto, non solo a realizzare una riduzione dello squilibrio informativo che connota i rapporti tra investitore e intermediario, bensì anche (per il tramite della prima) a garantire la realizzazione di un interesse della collettività, quale quello della "integrità dei mercati", espressamente richiamato dall'art 21 del T.U.F.; sebbene, inoltre, non si dubiti in questa sede della natura imperativa (peraltro confermata dall'art. 190 del T.U.F.) dei precetti in esame i quali, come più volte affermato in dottrina e giurisprudenza, costituiscono canoni comportamentali immediatamente conformanti il regolamento negoziale, a prescindere da una esplicita sussunzione delle dette regole nelle specifiche ipotesi di contratto all'uopo stipulate, ciò che non convince affatto è il rimedio utilizzabile nel caso di violazione delle predette norme.

Si consideri, in primo luogo, che non sempre la violazione di una norma imperativa determina la nullità del contratto.
Lo precisa l'art. 1418, comma 1 c.c. il quale, nel prevedere le ipotesi di nullità virtuali da contrapporre a quelle testuali di cui al comma 2, fa espressamente salvi i casi in cui è la stessa legge a prevedere un diverso rimedia a fronte della violazione del precetto imperativo.
Si consideri, in secondo luogo, che, nella specie, trattasi di violazioni legate a norme di condotta, cioè a comportamenti imposti ex lege ai singoli contraenti e divenuti parte integrante dei relativi contratti, a prescindere da specifici richiami ex art 1374 c.c., la cui violazione, in genere, è destinata a provocare vizi non genetici – incidenti cioè sulla formazione del contratto - bensì funzionali, inerenti ad un contratto in sé validamente concluso e strumentali a rimedi diversi dalla nullità quali, ad esempio, la risoluzione del contratto e/o il risarcimento del danno.
Al riguardo, come segnalato da attenta dottrina, la posizione della banca o dei suoi dipendenti è assimilabile a quella di qualsiasi altro professionista (avvocato, notaio, medico) che, ricevuto un incarico per la soluzione di una determinato problema, non fornisca al richiedente tutte le informazioni affinché il cliente possa operare una scelta consapevole.
Né a supporto del contrario varrebbe addurre che nel corso degli ultimi anni si è sempre più ridotta la linea di confine tra regole di validità e regole di comportamento — la cui violazione è spesso considerata non più in prospettiva dello scioglimento dal rapporto e del risarcimento del danno bensì quale vizio direttamente incidente

sulla genesi dell'accordo (ad esempio art. 122, comma III, T.U.F.) - in quanto una siffatta tendenza non può che essere esclusa laddove il legislatore nulla abbia previsto in contrario, aderendo anzi espressamente alla teoria tradizionale.

Si badi, in terzo luogo, che una conferma letterale in tal senso si trae dal disposto di cui all'art. 23, comma 6, T.U.F. laddove, nel regolare l'onere della prova inerente al rispetto del grado di diligenza richiesto all'intermediario, viene espressamente precisato che la regola è destinata ad operare: "nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento" così chiarendo che la violazione delle regole di condotta imposte all'intermediario è destinata ad incidere funzionalmente sul contratto ai fini della risoluzione e/o del risarcimento danni e non sulla conclusione dell'accordo.

Del resto, nello stesso T.U.F., laddove il legislatore ha voluto correlare a specifiche violazioni la sanzione della nullità lo ha fatto espressamente (cfr l'art. 23 commi 1 e 2, in tema di forma scritta del contratto di investimento e di richiamo agli usi), introducendo una nullità relativa, rilevabile cioè solo dalla parte interessata, mentre, in assenza di una apposita previsione esplicita da parte del legislatore, l'eventuale nullità virtuale qui ricavabile in via ermeneutica non potrebbe che essere assoluta.

Ma se davvero così fosse (ed è questo l'argomento logico più convincente), non sarebbe razionalmente comprensibile un sistema che, per ipotesi ben più pregnanti e di certo incidenti sulla formazione dell'accordo, quali quelle legate alla trasparenza delle operazioni di intermediazione sottese al vincolo di forma, prevede, in modo esplicito, una

nullità attenuata mentre violazioni inerenti ad obblighi dì condotta — e, quindi, meramente funzionali — sarebbero colpite con la nullità assoluta e virtuale del contratto.
Infine, a seguire la tesi sopra criticata, si finirebbe per considerare motivi di nullità omissioni o comportamenti che non risultando in linea con le regole di condotta normativamente imposte, sebbene non destinati ad incidere nè sull'interesse dell'investitore a stipulare, nè sulla stessa "integrità del mercato", tanto da favorire possibili speculazioni da parte del cliente che, innanzi ad una debacle dello strumento prescelto in alcun modo addebitabile all'intermediario, intenda approfittare del rimedio per privare di effetti una scelta, a monte, incauta. Con la particolarità, non del tutto irrilevante, che nella specie manca una specifica tipizzazione delle ipotesi di nullità, trattandosi di regole di condotta che non consentono una preventiva analitica tipizzazione normativa diversamente da quanto la forza dirimente del rimedio suggerito sembra invece imporre.
Superata la via della nullità virtuale, è evidente che l'eventuale inosservanza di tali prescrizioni non può che essere colpita con i rimedi ordinariamente forniti dall'ordinamento in caso di inadempimento contrattuale: risoluzione per inadempimento e/o risarcimento del danno.
Va, peraltro, precisato che in ipotesi di iniziativa volta ad ottenere la risoluzione del contratto, ad essere aggredito sarà il contratto base (il contratto "quadro", ossia ciò che sta a monte) e non il singolo ordine che, per quanto sopra specificato, ne costituisce mero atto esecutivo, con ovvie

conseguenze, non sempre favorevoli al cliente, in ordine alle reciproche restituzioni.

6. Il merito della domanda risarcitoria avanzata.

Può a questo punto analizzarsi la domanda autonoma e subordinata di risarcimento del danno subito dall'attrice in conseguenza del ritenuto inadempimento agli obblighi informativi incombenti sulla banca convenuta.

Come accennato, l'art. 28, comma 1 Regolamento CONSOB, prevede che gli intermediari devono chiedere notizie all'investitore circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento nonché circa la sua propensione al rischio.

L'eventuale rifiuto di fornire le informazioni richieste deve risultare dal contratto di cui all'art. 30 ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dell'investitore.

Ma tale rifiuto non è sufficiente ad escludere la responsabilità del professionista in quanto la relativa acquisizione non può assumere il significato di un esonero o di una limitazione di responsabilità dell'intermediario nei confronti di un investitore non professionale, dovendo la relativa dichiarazione essere interpretata in modo tale da essere compatibile con i principi sanciti dal nostro ordinamento che prevedono l'invalidità di clausole finalizzate a tale scopo.

Come accennato, l'art. 29 del Regolamento CONSOB impone agli intermediari di astenersi dall'effettuare per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione, elementi da intendersi anche in senso alternativa l'un l'altro.

A tal fine, dispone l'art. 29, comma 1, gli intermediari finanziari tengono conto delle informazioni di cui all'art. 28 e di ogni altra informazione disponibile in ordine ai servizi prestati.

E', inoltre, opinione diffusa in dottrina e giurisprudenza che l'acquisizione delle notizie di cui all'art. 28 lett. a (conosciuta come "*know your customer rule*") non è decisiva per stabilire se l'intermediario debba procedere o astenersi dall'operazione per inadeguatezza della stessa.

Al riguardo, infatti, la CONSOB con comunicazione n. 730396 del 21.4.2000, ha precisato che in nessun caso gli intermediari sono esonerati dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'obbligo disposta dai clienti, neanche nel caso in cui l'investitore abbia rifiutato di fornire informazioni sulla propria situazione patrimoniale o finanziaria, obbiettivi d'investimento e propensione al rischio e che, nel caso, la valutazione andrà condotta tenendo conto di tutte le notizie di cui l'intermediario sia in possesso (età, professione, presumibile propensione al rischio anche alla luce della pregressa ed abituale operatività, situazione di mercato). Certamente non vale a soddisfare le esigenze sopra indicate la circostanza che sia stato, a suo tempo, consegnato il documento sui rischi generali degli investimenti, trattandosi d'informativa del tutto generica che non garantisce quella conoscenza concreta ed effettiva del titolo negoziato, che l'intermediario deve assicurare in modo da rendere il cliente capace di tutelare il proprio interesse e di assumersi consapevolmente i rischi dell'investimento di volta in volta compiuto.

E sebbene possa ritenersi pacifico che, non ricorrendo nel caso in esame un'ipotesi di sollecitazione all'investimento, la consegna del prospetto informativo non fosse affatto obbligatoria, la norma regolamentare sopra menzionata prevede, comunque, che in presenza di una operazione non adeguata l'intermediario debba astenersi dal dare esecuzione alla stessa se prima non abbia avvertito l'investitore e ottenuto dal medesimo l'espressa autorizzazione ad agire ugualmente.

L'adempimento di questo obbligo è funzionale alla realizzazione del migliore risultato possibile per il cliente, risultato che, dunque, va inteso non in modo assoluto ma, come specificato nell'art. 26, lett f) del regolamento, in relazione al livello di rischio prescelto per sé da ciascun investitore.

In altri termini, l'adeguata informazione dell'investitore è il presupposto indefettibile della liceità della esecuzione dell'ordine da parte dell'intermediario in quanto il primo, una volta reso edotto del rischio che l'operazione finanziaria comporta, ne assume su di sé tutte le conseguenze. Ebbene, nel caso specifico una pluralità di elementi avrebbero dovuto indurre il Y a sconsigliare la cliente nell'acquisto dei titoli per cui è causa, fornendole tutte le informazioni in possesso al fine di porla in condizione di effettuare una scelta consapevole di investimento è di accettare il rischio di un default.

Con ciò non si vuole affermare che la banca, già alla data dell'investimento, fosse consapevole della situazione finanziaria del gruppo Cirio e della falsificazione dei relativi bilanci

(circostanza in questa sede abbastanza irrilevante), bensì sottolineare che ogni tipo di investimento, anche quello ritenuto più sicuro, esige che sia fornita un'informazione quanto più possibile dettagliata.

Nondimeno, già l'assenza di rating dei titoli acquistati, ossia di una obiettiva valutazione del rischio di credito effettuata dalle maggiori agenzie specializzate in materia – concernente la più o meno alta probabilità che l'emittente non fosse in grado di onorare i propri obblighi di pagamento delle cedole o di rimborso del capitale obbligazionario – avrebbe dovuto consigliare l'intermediario, che è un operatore professionale al quale è richiesto una adeguato livello di diligenza, di procurarsi una effettiva conoscenza dei prodotti finanziari negoziati, al di là di quella ricavabile dalle notizie da chiunque acquisibili sulla stampa specializzata o con la mera lettura dei bilanci sociali e, quantomeno in prima battuta, di sconsigliarne l'acquisto.

Né é consentito alla banca trincerarsi, senza alcuna dimostrazione, dietro l'allegazione dell'imprevedibilità del crack finanziario dell'emittente e dell'ignoranza delle caratteristiche del titolo, e non avendo dimostrato, come era suo preciso onere, la diligenza profusa nell'acquisizione di cognizioni circa le caratteristiche del prodotto finanziario e, non ultimo, nella sua rappresentazione all'investitore.

Anzi, va osservato che Y S.p.A., pur formulando capitoli di prova testi diretti a provare di non avere stimolato la vendita di titoli Cirio (sin dalla comparsa di risposta), nulla ha chiesto di provare sulla specifica negoziazione per cui é causa.

Se poi si considera che nel portafoglio titoli dell'attrice non risultavano presenti, all'epoca dei fatti di causa, altre obbligazioni Cirio relative a precedenti emissioni, laddove la presenza di altri tipi di obbligazioni (nella specie, luxottica lux 9902 al tasso del 3,625%) evidenziava, semmai, un profilo di rischio tutto sommato contenuto e ragionevolmente incompatibile con quello assunto con l'investimento in questione, la negligenza dell'istituto bancario emerge in maniera ancora più pregnante ed in tutta la sua evidenza. Che si tratti di strumenti finanziari dal rischio sostanzialmente equivalente è affermazione smentita se non altro dal tasso di redditività del titolo Cirio oltremodo raddoppiato rispetto all'investimento precedente.

Di più, la bassa propensione al rischio appare vieppiù confermata dalla stessa professione svolta dall'attrice - all'epoca dei fatti e tutt'oggi insegnante di scuola materna - avente in materia (o, quantomeno, non risulta provato il contrario) cognizioni presumibilmente limitate.

Merita, pertanto, di essere accolta la domanda risarcitoria avanzata da parte attrice in ragione del comportamento posto in essere dall'istituto convenuto in violazione degli obblighi connessi alla negoziazione degli strumenti finanziari oggetto di causa.

A parere del Collegio, il danno risarcibile corrisponde alla perdita del capitale investito (c.d. danno emergente), pari ad euro 24.000, che non risulta essere stato restituito, cui dovrà sottrarsi (con ciò accogliendosi parzialmente la domanda riconvenzionale di riduzione del risarcimento sollevata dalla convenuta) la somma di € 1.449,00, già separatamente incassata dall'attrice a seguito

del primo riparto parziale effettuato dal Tribunale di Roma in data 6.3.2006.
Ciò si rende indispensabile al fine di evitare una duplicazione del risarcimento dovuto e, pertanto, un ingiusto vantaggio per effetto dell'avvenuta insinuazione in sede di amministrazione straordinaria da parte della X.
E' dovuto, infine, il risarcimento del danno per il ritardo nella liquidazione del dovuto e per la perdita della possibilità di effettuare altri investimenti remunerativi (c.d. lucro cessante), il quale può essere risarcito, in via equitativa, in misura pari agli interessi legali sull'importo di euro 24.000,00, dalla data dell'investimento (1.7.2002) alla data del 6.3.2006 (data del rimborso parziale del capitale investito ad opera del Tribunale di Roma,) e sulla somma di € 22.551,00 da tale ultima data sino alla data odierna, oltre agli ulteriori interessi sulla somma complessiva in tal modo calcolata, sino all'effettivo soddisfo. L'istituto convenuto ha, invece, diritto ad entrare nel possesso dei titoli come da domanda riconvenzionale tempestivamente sollevata.
Solo entro questi limiti le rispettive domande possono essere accolte.
Le spese di lite seguono la soccombenza e, liquidate come da dispositivo, vanno distratte in favore del procuratore anticipatario che ne ha fatto espressa richiesta.

P.Q.M.

Il Tribunale di Barcellona P.G., definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da X nei confronti di Y S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., ogni altra istanza, eccezione e deduzione disattesa, così decide:

- dichiara inammissibile la domanda di risoluzione avanzata dall'attrice in data 16.11.2006;
- rigetta le domande di nullità e di annullamento ex art. 1427 c.c. del contratto di acquisto dei titoli obbligazionari Cirio-fin concluso in data 1.7.2002;
- dichiara la responsabilità contrattuale dell'istituto di credito convenuto per omessa informazione in relazione all'ordine di acquisto dei titoli bond Cirio fin 00/02 7,50% n. 6631320, per un controvalore di Lire 46.470.480 e, per l'effetto, lo condanna al risarcimento del danno sofferto da parte attrice, pari ad € 24.000,00, oltre interessi nei limiti e con le cadenze di cui alla parte motiva;

- in accoglimento della domanda riconvenzionale sollevata dal S.p.A., riduce il risarcimento spettante alla sola somma di e 22.551,00, oltre interessi calcolati nei limiti di cui alla parte motiva;
- in accoglimento della domanda riconvenzionale sollevata dal S.p.A., stante l'avvenuta percezione della somma di € 1.449,00, condanna X a restituire a quest'ultimo i titoli bond Cirio fin 00/02 7,50% n. 6631320, oggetto del presente giudizio;
- condanna il Y S.p.a, in persona del legale rappresentante p.t., al rimborso delle spese processuali sostenute dall'attrice e liquidate in complessivi euro 2.798,00, di cui 398,00 per spese, 1.450,00 per diritti e 950,00 per onorari, oltre 12,5% per spese generali forfettizzate, oltre I.V.A. e C.P.A., se ed in quanto dovute, come per legge, da distrarsi in favore del procuratore anticipatario.

Così deciso in Barcellona P.G. nella camera di Consiglio del 21.6.2007

*****

XI. Tribunale di Palermo, sentenza 13 febbraio 2008 n. 696, Fernandez C. (Avv.ti A. Palmigiano e A. Gattuccio), c. Banca Nuova S.p.A. (Avv. S. Grimaudo) e Buzzetta S. (Avv. M. Alesi), Pres. Marino, Rel. De Gregorio

La netta distinzione tra adempimenti prescritti a pena di nullità ed altri obblighi pure posti a carico dell'intermediario finanziario impedisce una generalizzata qualificazione di tutta la disciplina dell'intermediazione mobiliare come di ordine pubblico e, unitamente, presidiata dalla c. d. nullità virtuale di cui all'art. 1418 c.c.

Di conseguenza, non può sanzionarsi con la nullità il negozio ove risulti inosservato l'obbligo informativo perché l'informazione non assurge a requisito dell'atto a pena di nullità ma, anzi, per quanto discende dalle norme del TUF richiamate, qualifica il comportamento dell'operatore finanziario, con condotta da valutare in termini di diligenza nella fase delle trattative o dell'adempimento.

In altri termini, dette norme altro non sono che una specificazione dei principi generali di informazione e correttezza, già sanciti dagli artt. 1337 e 1375 c.c. alla cui violazione segue solo l'esperibilità del rimedio della risoluzione e/o del risarcimento dei danni, nonché sussistendone eventualmente i presupposti, l'applicazione delle sanzioni penali ed amministrative previste a carico dell'intermediario.

Per la invocata responsabilità risarcitoria della banca per violazione degli obblighi di informazione, va premesso che l'onere di dimostrare di avere agito con la dovuta diligenza richiesta dall'operazione

conclusa grava sul soggetto abilitato, a norma dell'art. 23, comma IV, TUF (norma che può ritenersi specificazione, in questo particolare settore, di quella desumibile dall'art. 1218 c. c.), convenuto in giudizio dal cliente per i danni a questi cagionati.

In questo caso, l'intermediario non deve dimostrate di avere fatto tutto il possibile per adempiere l'obbligazione, ma deve dar prova di avere agito con la specifica diligenza, da valutarsi con riguardo all'attività professionale esercitata (art 1176 comma secondo, c. c.)

In caso di pretesa ulteriore risoluzione del contratto e di risarcimento del danno (come nel caso di specie), sull'investitore permane l'onere probatorio in punto di danno e di nesso di causalità con la violazione dei doveri allegata.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI PALERMO

III Sezione Civile composto dai sigg.ri Magistrati

DOTT. VITO IVAN MARINO	Presidente
DOTT. DANIELA GALAZZI	Giudice
DOTT. GIUSEPPE DE GREGORIO	Giudice rel.

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

ai sensi degli artt. 16 del D.Lgs. 17.1.2003 n. 5, nella causa iscritta al n. 4539 del Ruolo Generale degli affari contenziosi civili dell'anno 2005 vertente

tra

FERNANDEZ CARLA (Avv.ti Alessandro Palmigiano, Alberto Gattuccio)

ATTRICE

Contro

BANCA NUOVA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore (Avv. Salvatore Grimaudo);
BUZZETTA GIOVANNI (Avv. Mario Alesi)

CONVENUTI

OGGETTO: contratto di intermediazione finanziaria.

Il Tribunale di Palermo – III Sezione Civile

ogni contraria istanza, eccezione e deduzione respinta, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, così provvede:

in parziale accoglimento delle domande proposte da Carla Fernandez, dichiara risolto il contratto di negoziazione 13-14.3.2003 del titolo PARMALAT FINANCE CORPORATION BV 6% 06, concluso dall'attrice con Banca Nuova S.p.A.; condanna Banca Nuova S.p.A., per le causali di cui in motivazione, al pagamento in favore dell'attrice della somma di € 14.000,00, oltre interessi come per legge dalla data del 14.3.2003 sino al soddisfo (e onorando l'attrice della restituzione del titolo); rigetta ogni altra domanda;

condanna Banca Nuova S.p.A. alla rifusione del 50% delle spese del giudizio in favore dell'attrice (dichiarando compensato il resto), liquidate nell'intero in complessivi € 3.060,00, di cui € 190,00 per spese, € 1.050,00 per diritti, € 1.820,00 per onorari, oltre IVA e CPA come per legge, ed oltre il rimborso forfettario previsto dalla Tariffa forense; dichiara interamente compensate le spese tra le parti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Carla Fernandez espone di aver concluso, in data 14 marzo 2003, su suggerimento del dipendente dell'Istituto di credito convenuto Giovanni Buzzetta, contratti di acquisto di titoli

obbligazionari Parmalat al 6,0 %, scadenza 2006, per il controvalore di euro 14.000,00. Buzzetta, in qualità di operatore titoli e gestore della clientela affluente, si era fatto garante della sicurezza e del buon rendimento dell'investimento.

Lamenta invece la mancata informazione sulla reale situazione economica della società emittente, che anzi era stata prospettata come una delle più sicure a livello mondiale e, pertanto di non essere stata posta in condizione di conoscere l'effettivo rischio connaturato a tale tipo di investimento.

Più precisamente, deduce l'attrice che era ben nota all'istituto di credito convenuto, al momento della conclusione del citato contratto d'acquisto, la scarsa propensione al rischio, peraltro dimostrata da precedenti investimenti, sempre relativi a titoli di stato (BOT) e lamentava che, al momento della sottoscrizione del contratto di acquisto, nessuna informazione circa il titolo le era stata data: in particolare, non era stata informata dalla banca che la società emittente obbligazione non era la società italiana Parmalat, bensì una società finanziaria olandese – Parmalat Finance Corporation BV -; che i titoli proposti ed acquistati non erano destinati, per come espressamente previsto dalla *Offering Circular* (il documento destinato agli investitori istituzionali contenente informazioni sull'emittente, sui garanti, sul regime giuridico dell'operazione), al pubblico dei risparmiatori; che il titolo venduto era stato, in maniera fuorviante e generica, definito PARMALAT 01 nell'ordine di acquisto, a fronte della reale denominazione PARMALAT FINANCE CORPORATION BV 6 06. Prosegue, poi, riferendo di non essere stata avvertita dagli stessi impiegati dell' istituto di credito, della crisi e del deficit

finanziario del gruppo Parmalat e del conseguente tracollo delle obbligazioni dalla stessa acquistate.
L'attrice, quindi, censura la condotta negoziale della banca e del promotore Buzzetta, in riferimento tanto a disposizioni di legge (D.Lgs. 24.2.1998 n. 58, c.d. T.U.F.) che regolamentari (delibera Consob 1.7.1998 n. 11522) disciplinanti la materia dell'intermediazione finanziaria e poste a presidio di interessi generali, taluni di rango costituzionale, ed invocano l'invalidità ed inefficacia del contratto concluso. In particolare, contesta la violazione degli obblighi previsti a carico degli intermediari finanziari dal T.U.F. (D. Lgs. 58/98) e dal Regolamento attuativo Consob 11522/98 e successive modifiche: cioè violazione degli obblighi di informazione e di non agire in conflitto d'interesse.
Perciò, dopo il rituale scambio di memorie, con l'istanza di fissazione di udienza ha concluso chiedendo: 1) Ritenere e dichiarare la responsabilità di Banca Nuova S.p.A. in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, e del promotore finanziario Giovanni Buzzetta, per la vendita delle obbligazioni denominate "Parmalat Finance Corporation BV 6% 06, codice ISIN XS 0123321068, stante la violazione delle norme di legge e regolamentari specificate. 2) Ritenere e dichiarare la nullità del contratto di negoziazione dei suddetti titoli, del contratto di acquisto e del relativo ordine, per i motivi meglio specificati negli atti di causa. 3) In via subordinata, annullare il contratto di acquisto dei suddetti titoli perché viziato da dolo o, comunque, da errore o, comunque, perché stipulato in conflitto d'interesse e/o, comunque, dichiararlo risolto per fatto e colpa di controparte. 4) In ogni caso, in conseguenza di

tutte o alcune delle superiori statuizioni, condannare in solido Banca Nuova S.p.A. e Giovanni Buzzetta alla restituzione, in favore di Carla Fernandez, del capitale investito, pari a € 14.000,00 e delle spese sostenute per l' operazione oltre interessi legali e rivalutazione monetaria; e, inoltre, condannare in solido, o in via alternativa, Banca Nuova S.p.A. e Giovanni Buzzetta a risarcire sia i danni esistenziali, che si chiede vengano liquidati in € 5.000,00, sia i danni derivanti dalla perdita dei frutti, dalla data di acquisto dei titoli per cui è causa e fino all'effettivo soddisfo, che si chiedono nella misura descritta in atti di causa. Con vittoria di spese.

Ritualmente costituitasi, Banca Nuova S.p.A. chiede il rigetto delle domande attoree, deducendo: che l'attrice in data 4 marzo 2003 ha stipulato con l'Istituto bancario un contratto di deposito titoli e negoziazione in relazione all'apertura del deposito amministrato n. 2592232, e che contestualmente alla sottoscrizione del contratto di negoziazione in strumenti finanziari, l'attrice aveva ritirato copia del contratto di intermediazione, del contratto di deposito titoli, del "documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari"; mentre si era rifiutata di fornire le informazioni relative alla conoscenza degli strumenti finanziari, per quanto concerne le esperienze in materia di strumenti finanziari, gli obiettivi di investimento e la propensione al rischio aveva indicato il CODICE 3, ossia medio-bassa propensione al rischio, con preferenza di titolo del mercato obbligazionario.

Evidenzia, ancora, che al momento della conclusione del contratto per la negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini su strumenti finanziari, era stata correttamente consegnata la

documentazione di rito; che, al momento della conclusione dell'ordine di acquisto in oggetto, l'attrice era stata resa edotta delle caratteristiche del titolo, peraltro dotato, al momento della sottoscrizione dell'acquisto di *rating* pari a BBB- e non era affatto stata sollecitata all'investimento del dipendente dell'istituto di credito; che l' attrice aveva effettuato altri investimenti, anche relativi ad obbligazioni ad elevato rendimento e dunque a più alto rischio.

Contesta, infine, di aver violato alcun obbligo di informazione in ordine all'operazione proposta dall'attrice, poiché le informazioni in suo possesso all'epoca delle stipulazione del contratto non consentivano di avere conoscenza dello stato effettivo della situazione della Parmalat – i cui dati di bilancio non erano indicativi di per sé di alcuna particolare anomalia, né potevano far presagire il dissesto; l'estraneità di Banca Nuova al gruppo di Banche creditrici di Parmalat e dunque la insussistenza di qualsivoglia ipotesi di conflitto di interesse.

Quindi, Banca Nuova conclude chiedendo rigettare per i motivi esposti in atti ogni domanda ex adverso proposta e condannare l'attrice a rifondere alla convenuta Banca Nuova S.p.A. le spese i diritti e gli onorari di causa.

Sulla stessa linea difensiva della Banca si attestava le difese del convenuto Buzzetta Giovanni, il quale ha pure concluso chiedendo il rigetto delle pretese attoree.

Tanto premesso, la pretesa azionata si fonda sull'addebito all'intermediario finanziario di aver omesso di adempiere ai doveri imposti dalla normativa in materia di intermediazione finanziaria; e in primo luogo l'attrice ha avanzato

domanda di nullità per violazione da parte dell'istituto di credito convenuto e del promotore di norme di comportamento previste dal T.U.F. (cioè il testo normativo di cui si dirà più avanti), genericamente e complessivamente considerate, che impongono una corretta informativa preventiva da fornirsi al cliente, una valutazione obiettiva e subbiettiva del rischio cui egli va incontro nell'acquisto di strumenti finanziari, e, asseritamente, un comportamento successivo all'acquisto.

Detta domanda va però rigettata per le considerazioni che seguono.

La normativa che occorre prendere in considerazione è quella del T.U.F. 24.2.1998 n. 58, recante: "Disposizioni in materia di intermediazione finanziaria" (di seguito TUF), e del successivo regolamento attuativo del 1.7.1998.

Quest'ultimo è il regolamento CONSOB approvato con delibera 1 luglio 1998 n. 1152, avente portata integrativa dei superiori doveri, contenente una precisa e dettagliata prescrizione degli obblighi.

Esaminando questi ultimi, l'art. 21 T.U.F. impone agli intermediari nell'attività di servizi di investimenti ed accessori di: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti ed operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi; e) svolgere una

gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.
Dal canto suo, il regolamento, per quello che in questa sede interessa, all'art. 28 impone all'intermediario, prima della stipula del contratto di gestione, di chiedere all'investitore ogni notizia sulla sua propensione al rischio, sulla sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, sulla sua situazione finanziaria, e l'eventuale rifiuto a fornire le predette informazioni deve risultare dal contratto. Ancora, l'intermediario è tenuto a consegnare al cliente il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari.
La tipizzazione dei doveri di diligenza implica l'enucleazione della serie di comportamenti che in concreto l'operatore è tenuto a compiere, al fine di rendere l'operazione il più possibile trasparente e comprensibile anche ad un cliente scarso conoscitore dei meccanismi del mercato e degli strumenti finanziari. Certamente, la consegna del prospetto informativo del prodotto che il cliente si accinge ad acquistare unitamente alla descrizione verbale delle sue caratteristiche implica adempimento degli obblighi di diligenza. Ulteriori obblighi di carattere più dettagliato mirano a salvaguardare l'investitore da rischi elevati imponendo al soggetto abilitato: di acquisire un'adeguata conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi e dei prodotti diversi, propri o di terzi; di non procedere all'investimento se questo si rivela inadeguato alla situazione finanziaria dell'investitore, di non agire in situazioni di conflitto di interessi, di non effettuare operazioni prima di aver assolto prontamente gli oneri di

informazione sulla natura dei rischi e sulle implicazioni della specifica operazione, di mettere a disposizione dei clienti i documenti e le registrazioni che li riguardano. Tutti tali obblighi sono codificati rispettivamente dall'art. 26, comma I, lett. e) reg. consob 11522/98, dagli artt. 21, comma I, lett. b) T.U.F. e 28, comma I lett. a) reg. Consob n. 11522/98 e dall'art. 29, comma I, reg. Consob 11522/98, ed impongono all'intermediario finanziario di: - raccogliere informazioni necessarie dai clienti, richiedendo all'investitore anche mediante moduli prestampati il cui utilizzo è stato legittimato dalla Consob informazioni sulla sua esperienza in materia di investimenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, la sua propensione al rischio, annotando l'eventuale rifiuto del cliente a rendere le risposte; - astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni, anche se espressamente impartite dal cliente, rispetto a costui non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza e dimensione, salvo la ripetizione scritta dell'ordine preceduta dall'esplicazione delle ragioni di inadeguatezza.

Tali doveri mirano a tutelare l'interesse degli investitori e l'integrità del mercato (art. 21, comma I, lett. a T.U.F. ed art. 26, comma I, del consob 11522/98), assicurando correttezza e trasparenza dell'attività di intermediazione: la corretta interpretazione delle preferenze di investimento dei risparmiatori e la ponderata valutazione dei rischi da parte di costoro riducono l'alea connessa agli investimenti finanziari entro quella connaturata, e perciò insopprimibile, alle operazioni eseguite sul mercato dei valori mobiliari, ed elidono, tendenzialmente, il rischio non necessario,

evitando che questo sia addossato in modo inconsapevole al risparmiatore.
Proprio la violazione di tali doveri comporta, secondo un indirizzo giurisprudenziale (pure seguito, in passato, da questo Tribunale), la nullità dei relativi contratti conclusi e ciò in considerazione della peculiare rilevanza degli interessi protetti di natura pubblicistica, identificabili con la tutela dei risparmiatori, soggetti deboli e in forte asimmetria informativa rispetto agli operatori abilitati, del risparmio pubblico, della correttezza ed efficienza del mercato dei valori mobiliari (Cass. 07/03/2001 n. 3272; Trib. Mantova 18/3/2004).
Dalla qualificazione in termini di norma imperativa di legge dei precetti comportamentali che sovrintendono all'operato degli intermediari finanziari discenderebbe, ai sensi dell'art. 1418, comma I e III c.c., l'affermazione di nullità degli atti negoziali conclusi in loro dispregio; e da tali orientamenti giurisprudenziali discende la domanda di nullità proposta dall'attrice.
Il Tribunale ritiene di non (più) condividere l'interpretazione appena richiamata.
Invero, quanto alle nullità cd. "virtuali" derivanti da clausole negoziali contrarie a norma imperative, ritiene invece di sposare il più recente arresto del Supremo Collegio (Corte di Cassazione, sez. I civ., 29 settembre 2005) ove viene evidenziato che la nullità del negozio può essere determinata solamente dalla violazione che incide sul contenuto obiettivo dello stesso, non anche quella relativa alla condotta prenegoziale o della fase esecutiva posta in essere da taluna delle parti.
La nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, comma I c.c.,

postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l' illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi.

Proprio la netta distinzione, che caratterizza le norme sopra riportate, tra adempimenti prescritti a pena di nullità ed altri obblighi di comportamento pure posti a carico dell' intermediario impedisce una generalizzata qualificazione di tutta la disciplina dell'intermediazione mobiliare come di ordine pubblico e, ultimamente, presidiata dalla cd. nullità virtuale di cui all'art. 1418 c.c.

Di conseguenza, non può sanzionarsi con la nullità il negozio ove risulti inosservato l'obbligo informativo perché l'informazione non assurge a requisito dell' atto a pena di nullità, ma anzi, per quanto discende dalle norme del T.U.F. richiamate, qualifica il comportamento dell'operatore finanziario, con condotta da valutare in termini di diligenza nella fase delle trattative o dell' adempimento.

In altri termini, dette norme non sono che una specificazione dei principi generali in tema di informazione e correttezza, già sanciti dagli artt. 1337 e 1375 c.c., alla cui violazione segue solo l'esperibilità del rimedio della risoluzione e/o risarcitorio, nonché – sussistendone eventualmente i presupposti – l'applicazione delle sanzioni penali ed amministrative previste a carico dell'intermediario.

Tale opzione interpretativa, tra l'altro, non si pone in contrasto con le esigenze di tutela dell'investitore sottese alla predisposizione degli obblighi imperativi di cui all'art. 21 d. lgs 58/98 e della conseguente normativa regolamentare, tenuto conto che essa consente il pieno ristoro del pregiudizio da questi patito mediante l'esperimento dell'azione risarcitoria e/o di risoluzione per inadempimento.

Passando ad esaminare la domanda di annullamento del contratto (di acquisto del titolo Parmalat), secondo la difesa attrice l'istituto di credito convenuto non solo ha agito in conflitto di interessi, vendendo ad un proprio cliente il titolo di una società collegata alla Parmalat S.p.A., a sua volta fortemente debitrice nei confronti delle banche, tra cui la stessa Banca Nuova (o comunque la sua capogruppo, Banca Popolare di Vicenza); ma altresì ha venduto un titolo che si trovava nella disponibilità dello stesso convenuta, che di tutto ciò avrebbe pure omesso di darne avviso alla cliente, posto che la formula utilizzata nella copia dell'ordine di acquisto (vedi copia richiesta di esecuzione del 13.3.2003, e copia ordine di acquisto del 14.4.2003, versate in atti dalla Banca) non specifica affatto l'esistenza del conflitto né la sua estensione.

L'assunto non è nel caso di specie fondato.

Fermo restando – come anche la stessa Consob ha già avuto modo di riconoscere – il fatto che l'esistenza di una esposizione creditoria della banca nei confronti dello stesso emittente non determina di per sé la sussistenza del conflitto di interesse, rileva il Collegio che, a maggior ragione, deve escludersi anche la astratta possibilità di un conflitto di interesse nel caso, come il presente, in

cui la convenuta non era creditrice, in particolare, della società emittente il prestito obbligazionario (Parmalat Finance Corporation BV) di cui è causa: per quanto emerso in sede di interrogatorio formale del legale rappresentante di Banca Nuova S.p.A., oltre che documentato dalla Banca (con prospetto riepilogativo delle posizioni creditorie verso Parmalat), era solo Banca Popolare di Vicenza ("capogruppo" di Banca Nuova S.p.A.) ad essere appunto creditrice del gruppo Parmalat; e di conseguenza, risultando diverse le soggettività giuridiche, nessun conflitto è ipotizzabile. In ogni caso, poi, la situazione di conflitto di interessi rilevante agli effetti della contestazione di violazioni comportamentali è solo quella attuale, ossia una situazione in cui l' intermediario non solo potenzialmente, ma anche effettivamente, realizzi un suo interesse in conflitto con quello del cliente, cosa che, nel caso di specie, non è stato provato sia avvenuto; non è provato, cioè, che il titolo venduto era già detenuto dalla Banca.

Passando alla disamina delle ulteriori domande, nel presente giudizio l'attrice ha (anche) chiesto di accertare la responsabilità negoziale dell'Istituto di credito convenuto e del promotore finanziario, per avere sostanzialmente taciuto il rischio connesso alla sottoscrizione dei titoli obbligazionari Parmalat, e conseguentemente condannarli alla risoluzione del contratto e al risarcimento di tutti i danni subiti.

Rispetto tali domande, deve subito evidenziarsi il difetto di legittimazione passiva del promotore finanziario Buzzetta: se è lui che ha materialmente concluso il negozio, egli lo ha fatto, per come emerge dall' ordine del 14.3.2003, in nome e per conto della Banca; ed è quindi solo nei confronti di

essa che si è avuto il perfezionamento del contratto di cui, in questa sede, si vogliono annullare i dannosi effetti.

Per la invocata responsabilità risarcitoria della banca per violazione degli obblighi di informazione, va premesso che l'onere di provare di aver agito con la dovuta diligenza richiesta dall' operazione conclusa grava sul soggetto abilitato, a norma dell'art. 23, comma V,I T.U.F. (norma che può ritenersi specificazione, in questo particolare settore, di quella desumibile dall'art. 1218 c.c.), convenuto in giudizio dal cliente per i danni a questi cagionati.

In questo caso, l'intermediario non deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile per adempiere l'obbligazione, ma deve dar prova di aver agito con la specifica diligenza, da valutarsi con riguardo all'attività professionale esercitata (art. 1176, II comma c.c.).

In caso di pretesa ulteriore di risoluzione e risarcimento del danno (come nel caso di specie), sull'investitore permane l'onere probatorio in punto di danno e di nesso di causalità con la violazione dei doveri allegata.

Tornando ai doveri imposti alla banca, esaminandoli in ordine temporale, essi si sostanziano principalmente nel dovere di informarsi e nel dovere di informare.

Nel caso concreto, dall'istruttoria è emersa la violazione da parte della convenuta di tali doveri, ed in primo luogo delle regole generali di comportamento sancite dall'art. 21, co. I, lett. d) TUF: "disporre di risorse e procedure anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi" e dall'art. 26 D. Consob 11522/98, tra le quali alla lett. e) è previsto che

"Gli intermediari autorizzati, nell'interesse degli investitori e dell' integrità del mercato mobiliare acquisiscono una conoscenza degli strumenti finanziari, dai servizi nonché dei prodotti diversi dal servizio di investimento, propri o di terzi, da essi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire".

Detta norma, in dettaglio, pone a carico degli intermediari e nell'interesse degli investitori un obbligo di conoscenza, che è più della semplice informazione, sui prodotti da loro offerti, conoscenza che si estende alla loro provenienza, alla situazione degli stessi nei mercati, alla loro destinazione tra il pubblico dei consumatori.

Va sottolineato che si tratta di conoscenza che il risparmiatore, investitore non professionale, per esperienza, per cultura o per diverso campo lavorativo non potrà mai acquisire, pervenendo ad un giudizio completo sulla operazione finanziaria che si appresta a sottoscrivere.

Nel caso di specie, l'ordine di acquisto sottoscritto il 13/14.3.2003 dall'attrice non contiene alcuna indicazione sulla natura del titolo, sulla circostanza che negoziazione sia stata posta in essere o meno per un titolo "non quotato" e in assenza di rating, sull'adeguatezza della operazione in ragione delle caratteristiche degli investitori e sul rischio ad essa connesso.

A questo proposito occorre ribadire che potendosi inquadrare lo schema negoziale posto in essere dalle parti nel contratto di mandato, con il mandante in posizione di netto svantaggio sul mandatario, in ragione del profondo divario di informazioni e cognizioni tecniche possedute dalle parti, quest'ultimo è tenuto, usando della diligenza del professionista avveduto, ad indirizzare le scelte

del risparmiatore ed a segnalargli l'eventuale inadeguatezza delle operazioni che intenda comunque compiere, illustrandogliene i motivi.
E può essere considerato, nello schema del mandato, anche il solo ordine di acquisto impartito dal risparmiatore, sulla base del contratto-quadro preesistente a monte con l' intermediario (cioè quello di deposito titoli e negoziazione in relazione all'apertura del deposito amministrato stipulato in data 4.3.2003 (cfr. copia detto, versata in atti).
In altri termini, il contratto quadro stipulato a monte con la Banca è da assimilare allo schema tipico del contratto di mandato, rispetto cui gli ordini all'intermediario di acquisto dei bond per cui è causa sono assimilabili alle disposizioni date dal mandante a compiere di volta in volta atti giuridici di acquisto e/o vendita di titoli, nella esecuzione del rapporto di mandato; rapporto per il quale la diligenza richiesta è quella specifica di cui all'art. 1710 c.c..
Tornando al rapporto sottoposto al vaglio del Tribunale, può dirsi che tale diligenza sia mancata, perché non vi è prova che la Banca abbia reso edotta l'attrice della situazione afferente il titolo venduto, atteso che, come detto, il relativo "ordine" non reca alcuna la dicitura in ordine alla natura del titolo, alla circostanza che negoziazione sia stata posta in essere o meno per un titolo "non quotato" e in assenza di *rating*, ed infine in ordine all'adeguatezza della operazione in ragione delle caratteristiche degli investitori e sul rischio ad essa connesso.
Né è emerso che il promotore finanziario abbia compiutamente avvertito, né oralmente né tantomeno (e soprattutto) per iscritto, l'odierna attrice delle caratteristiche precise del titolo. A tal

fine, lo stesso Buzzetta, in sede di prova per interpello, ha sostanzialmente confermato di avere fornito alla cliente le scarse informazioni che erano sui documenti che Fernandez sottoscrisse (cioè il documento del 13.3.2003 denominato offerta fuori sede, e l'ordine di acquisto del giorno dopo), espressamente ammettendo di non avere comunicato che si trattava di titoli olandesi, informazione che Buzzetta ha detto di non avere: ma ciò non esime la posizione del promotore o della Banca: o egli non si è adeguatamente informato sul titolo in vendita, ovvero la Banca ha omesso di fornirgli detta informazione.

Nonostante il possesso da parte dell'attrice di un portafoglio con titoli diversificati, comprati però dopo quello per cui è causa, l'acquisto di bond Parmalat, in quanto caratterizzato da un grado elevato di rischio, deve ritenersi connotato da un pregnante obbligo di informazione in capo all'operatore proponente.

L'attrice, invece, non è stata posta in condizione di conoscere tutte le informazioni "necessarie affinchè gli investitori potessero pervenire a un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria e sull'evoluzione dell'attività dell' emittente nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti" che a tenore dell' art. 94, comma 2, T.U.F. costituiscono l'oggetto del prospetto destinato alla pubblicazione.

Né è consentito alla Banca trincerarsi, senza alcuna dimostrazione, dietro l'allegazione dell'imprevedibilità del crack finanziario dell'emittente e dell'ignoranza delle caratteristiche del titolo, non avendo dimostrato, come era suo preciso onere, la diligenza profusa nell'acquisizione di cognizioni circa le caratteristiche del prodotto

finanziario e, non ultimo, nella sua rappresentazione all'investitore.
Conclusivamente, deve rilevarsi che nella condotta della Banca convenuta è mancata sia la valutazione di non adeguatezza dell'operazione rispetto alle qualità della cliente – attrice, e soprattutto è mancata puntuale informazione resa circa l' operazione eseguita e le caratteristiche precise del titolo oggetto di negoziazione, tale da integrare grave inadempimento legittimante la risoluzione e risarcimento dei danni. Perciò, la domanda formulata, ex art. 1453 c.c., da Carla Fernandez va accolta, con declaratoria di risoluzione del contratto di acquisto del titolo Parmalat.
In punto di ristoro del danno patito, non avendo la parte attrice allegato specificamente e provato (estremamente generica è la deduzione in punto di danno esistenziale, che presuppone quantomeno l'incidenza su valori costituzionalmente rilevanti), l'esistenza di ulteriori danni, tale risarcimento andrà limitato alla misura di € 14.000,00, pari alla somma impiegata per l'acquisto rivelatosi del tutto insoddisfacente, con contestuale restituzione alla Banca del titolo ancora detenuto (quale effetto automatico della risoluzione). Banca Nuova va così condannata al pagamento di detta somma di € 14.000,00, oltre gli interessi legali dalla data della negoziazione sino al completo soddisfo (tali da compensare anche il danno da ritardato ristoro); mentre l' attrice dovrà restituire i titoli oggetto della negoziazione dei 13/14.3.2003 (non si provvede ad espressa condanna, mancando apposita domanda della Banca convenuta, la quale sul punto ha solo dedotto in ordine alla conseguenza che deriverebbe

dall'accoglimento della risoluzione: così, da ultimo, nelle note conclusionali del 22 maggio 2007).

In ragione della particolarità delle questioni trattate, degli ancora oscillanti orientamenti giurisprudenziali su questi temi, possono dirsi sussistenti giusti motivi per disporre la parziale compensazione delle spese di lite rispetto Banca Nuova, e l' integrale compensazione rispetto alla posizione di Buzzetta; la liquidazione in dispositivo.

Programma Generale di intervento 2007/2008 della Regione Siciliana realizzato con l'utilizzo dei fondi del Ministero dello Sviluppo Economico

COLLABORAZIONI:
Avv. Massimiliano Dona - Rappr. italiano nel Consiglio dei Consumatori UE
Avv. Alessandra Alaimo - Università degli Studi di Palermo
Avv. Sabrina Vecchio Verderame - Università degli Studi di Palermo
Dott.ssa Rosa Guttuso - Studio Legale Palmigiano

grafica@vincenzonoto.com

Diritto dei Consumi

Raccolta di Giurisprudenza
delle Corti siciliane dal 1996 al 2008