

FRANCESCO BENATTI

**LE CLAUSOLE DI ESONERO DA RESPONSABILITÀ
NELLA PRASSI BANCARIA (*)**

(*) Il saggio riproduce, con l'aggiunta di note, la lezione tenuta il 27 aprile 1977 al Corso di aggiornamento e di perfezionamento su « Le operazioni bancarie: profili giuridici », organizzato dall'Associazione per lo sviluppo degli studi di banca e di borsa e dalla Facoltà di Economia e commercio dell'Università Cattolica. Esso è dedicato alla memoria di Giuseppe Stolfi.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le clausole di esonero da responsabilità nelle norme bancarie uniformi. — 3. Il problema del loro controllo. Attività bancaria e tutela dei risparmiatori. — 4. Potere contrattuale della banca ed esigenze di tutela dei clienti. — 5. (Segue) La tutela delle categorie produttive. — 6. Gli strumenti di controllo: l'art. 1341, comma 2°, cod. civ. e gli artt. 32 ss. l. b. — 7. Il controllo giudiziale. — 8. Le clausole di limitazione del contenuto del contratto e la questione del loro controllo.

1. Le norme bancarie uniformi costituiscono la vera legge regolatrice dei rapporti tra la banca e i suoi clienti ⁽¹⁾. Hanno natura di condizioni generali di contratto e quindi sono soggette agli artt. 1341 e 1342 cod. civ. ⁽²⁾.

Redatte con buona tecnica e con precisione di linguaggio, esse completano la lacunosa disciplina legislativa in materia di contratti bancari, rimuovendo, da un lato, « motivi di incertezza e regioni di controversia in ordine alla corretta amministrazione della vicenda contrattuale » e dall'altro « spiegando rilevanti effetti di prevenzione delle liti (e quindi anche dei costi che vi si connettono) » ⁽³⁾. Tali risultati sono stati fino ad ora raggiunti anche in virtù dell'atteggiamento della dottrina, la quale si è preoccupata solo di « qualificare, alla luce dei tipi legali che ci sono conosciuti, le non in fondo nuove realtà create dalla contrattazione di banca rimaste prive di disciplina legale e, ciò che è in fondo più grave, di qualificare quegli stessi contratti bancari che sono stati regolati per la prima volta con

(1) MOLLE, *I contratti bancari*², in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano 1973, p. 46; CAVALLI, *Contratti bancari su modulo e problema di tutela del contraente debole*, Torino 1976, p. 8.

(2) Si tratta di opinione indiscussa: da ultimo v. Cass. 26 ottobre 1968, n. 3572, in *Banca borsa tit. cred.* 1969, II, 1; Cass. 14 dicembre 1971, n. 3638, *ibid.* 1972, II, 175.

(3) ROPPO, *Contratti standard*, Milano 1975, p. 31.

il codice civile del 1942 » (4), e non ha mai mostrato particolare attenzione per le clausole predisposte dalla banca in funzione di deroga e di integrazione della legge scritta.

Soltanto nei tempi recenti gli studi di diritto bancario hanno mutato prospettiva. Sotto l'influenza del vasto movimento volto ad assoggettare a controllo le condizioni generali imposte ai consumatori dalle grandi imprese, gli scrittori hanno iniziato un esame critico delle clausole contenute nelle norme uniformi. L'analisi ha preso le mosse dagli artt. 4, comma 2°, 5, 6, 7, e 8 del modulo della fideiussione *omnibus* (5) ed è proseguita con gli artt. 7, 8, 9, 11, 13, 14 e 15 delle condizioni generali relative all'apertura di credito garantita da pegno su merce o su documenti rappresentativi della merce (6).

Stranamente non sono state prese in considerazione le clausole di limitazione della responsabilità, se si eccettua il dibattito, tuttora aperto, sull'art. 16, appena modificato, delle norme per il servizio delle cassette di sicurezza. Tale disinteresse non trova una facile spiegazione, soprattutto se si tiene conto della circostanza che proprio con riguardo a questo tipo di clausole sono state discusse ed elaborate le tecniche di tutela dei consumatori nei confronti della pratica della contrattazione standardizzata (7). Eppure un'indagine in questa materia riveste particolare importanza, non solo perchè porta ad individuare clausole che devono essere sottoposte alla disciplina degli artt. 1229 e 1341, com-

(4) CALTABIANO, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 309.

(5) G. STOLFI, *In tema di fideiussione per debiti futuri*, in *Riv. dir. comm.* 1971, I, 225 ss. e *In tema di fideiussione generale*, in *Riv. dir. civ.* 1972, I, 529 ss.; contro P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. omnibus*, in *Banca borsa tit. cred.* 1972, II, 22 ss.

(6) CAVALLI, *op. cit.*, p. 58 ss.

(7) Infatti, « sotto il profilo dei dati offerti da una rilevazione empirica delle prassi di contrattazione uniforme... sembrano esservi argomenti per affermare che, tra le clausole di comune iscrizione nei formulari di impresa, sono appunto quelle di esonero o di limitazione della responsabilità (o della garanzia) a ricorrervi con la frequenza più elevata » (ROPPA, *op. cit.*, p. 38).

ma 2°, ma perchè costituisce un utile angolo di visuale per affrontare, in termini generali, il tema delle norme bancarie uniformi.

2. È necessario passare in rassegna i moduli usati nella prassi bancaria.

a) *Norme che regolano i conti correnti di corrispondenza.*

L'ultimo capoverso dell'art. 3, comma 2°, contiene una clausola di esonero da responsabilità, in quanto riversa sul correntista il rischio dell'invio dei moduli, che per i principi generali è a carico della banca.

Sorgono dubbi, invece, a proposito della prima parte della norma. Essa non libera la banca dalla responsabilità nel caso in cui non adotti l'ordinaria diligenza nel pagamento dell'assegno, bensì riversa sul correntista le conseguenze dannose che possono derivare dalla perdita, dalla sottrazione o dall'uso abusivo o illecito dei moduli. In tal modo tende a cautelare la banca « contro quell'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale che vorrebbe addossare alla banca trattaria, come normale rischio professionale, il danno conseguente al pagamento di assegno falso o falsificato, quando non vi sia colpa nè da parte della banca nè da parte del correntista »⁽⁸⁾. Se questa è, dunque, la *ratio* dell'art. 3, comma 2°, prima parte, esso non costituisce una deroga al sistema della responsabilità della banca⁽⁹⁾, essendo ormai opinione dominante che il pregiudizio derivante dalla falsificazione dell'assegno ricada sul cliente⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 461. Tale orientamento risale a VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*⁵, III, Milano 1929, n. 1415, p. 476.

⁽⁹⁾ Come sembra ritenere ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova 1966 (rist.), p. 406.

⁽¹⁰⁾ MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli 1955, p. 96 ss.; FIORENTINO, *Le operazioni bancarie*², Napoli 1959 (rist.), p. 132; Cass. 5 febbraio 1958, n. 322, in *Foro pad.* 1958, I, 696 con nota di Pellizzi; Trib. Bari, 14 aprile 1970, in *Banca borsa tit. cred.* 1971, II, 116 s. (a proposito dell'art. 6, comma 2°, del « regolamento dei depositi in conto corrente » che ha il medesimo contenuto dell'art. 3, comma 2°, esaminato nel testo).

L'art. 15, comma 2°, si limita a specificare fatti non imputabili alla banca e di cui essa non è tenuta a rispondere *ex art. 1218 cod. civ.* Come si vedrà più avanti, disposizioni di questo tipo sono assai frequenti nelle norme uniformi e sono state dettate, da un lato, per offrire un regolamento chiaro e puntuale del rapporto con i clienti, tendenzialmente non suscettibile di dare luogo a controversie, e dall'altro per premunirsi nei confronti di interpretazioni dirette ad introdurre la teoria del rischio di impresa anche nell'ambito della responsabilità contrattuale.

b) *Norme per i servizi di cassa continua.*

I. *Cassa versamenti.*

Per l'art. 5, comma 2°, l'azienda di credito, sino a quando non ha ritirato i bossoli e verificato il loro contenuto nel modo previsto dall'art. 6, risponde verso il correntista solo dell'*idoneità* dell'impianto; il che significa che « in caso di deterioramento o distruzione dei valori, essa deve dare la prova che l'impianto era stato costruito secondo la tecnica richiesta dalla sua destinazione e che la manutenzione del medesimo era fatta secondo le regole suggerite dalla normale diligenza » ⁽¹¹⁾. Pertanto la norma esonera la banca da responsabilità nelle ipotesi di deterioramento e distruzione dei beni subiti dal cliente per cause diverse dalla idoneità dell'impianto, e ad essa imputabili (ad esempio per negligenza nella custodia).

L'art. 10, comma 1°, disciplina l'esercizio del potere di revoca, di sospensione e di modificazione dell'uso, del servizio, stabilendo che può essere effettuato in qualsiasi momento con preavviso. Di conseguenza i danni che derivano al cliente dall'interruzione del servizio non possono essere imputati alla banca (comma 3°), purchè eserciti tale potere correttamente (ad esempio abbia dato un congruo preavviso).

(11) MOLLE, « *La cassa continua* », in *Banca borsa tit. cred.* 1966, I, 345.

II. Cassa prelevamenti.

L'art. 4 prevede una clausola di limitazione del contenuto del contratto, privando il correntista del diritto di reclamare in ordine all'esattezza delle somme erogate dall'impianto.

L'art. 6 pone, a carico dell'utente, l'obbligo di custodire con la massima cura i mezzi di prelevamento e non tocca il problema della responsabilità della banca.

L'art. 8, comma 1°, contiene una clausola di esonero, liberando la banca da responsabilità per i danni derivanti al correntista dal mancato o difettoso funzionamento dell'impianto ad essa imputabile.

Per l'ultimo comma dell'art. 8 valgono le osservazioni svolte a proposito dell'art. 10, comma 3°, del modulo « cassa versamento ».

c) *Regolamento dei depositi fruttiferi a risparmio. I. Norme per i libretti di deposito di risparmio al portatore.*

L'art. 4, comma 1°, esclude l'obbligo della banca di identificare il presentatore del libretto, in quanto lo considera legittimo possessore del medesimo. Esso va coordinato con l'art. 1836 cod. civ. nel senso che il mancato riconoscimento dell'esibitore non costituisce violazione di un obbligo della banca ⁽¹²⁾.

d) *Norme per i depositi a custodia.*

I. *Norme per i depositi di titoli e valori a semplice custodia.*

Il secondo capoverso dell'art. 14 costituisce una specificazione dell'art. 1770, comma 2°, cod. civ. e trae origine dalla con-

(12) Secondo la giurisprudenza « il possesso del libretto di deposito bancario al portatore è sufficiente per attribuire la legittimazione a riscuotere; non è quindi necessaria l'identificazione del possessore ai fini dell'accertamento della legittimazione, come, invece, si richiede per i titoli a legittimazione nominale. Tuttavia il depositario è, nei confronti del depositante, liberato per il pagamento delle somme depositate sul libretto, solo se lo abbia eseguito senza dolo o colpa grave: egli deve perciò usare le opportune cautele e cioè provvedere, quanto meno, ad identificare il presentatore » (Cass. 21 ottobre 1967, n. 2634, in *Banca borsa tit. cred.* 1968, II, 488).

siderazione che la banca, di fronte ad un pericolo imminente, trasferisca altrove i titoli, ma « errando nelle previsioni, li esponga a quegli eventi che voleva evitare; per cui, col senno di poi, l'atto di diligenza compiuto potrebbe esserle imputato »⁽¹³⁾. Pertanto, con tale norma la banca si esonera da responsabilità per i danni causati colpevolmente sia nel trasferimento sia nella valutazione del pericolo.

III. *Norme per i depositi a custodia chiusi.*

L'art. 8, comma 1°, determina l'oggetto dell'obbligazione di custodia della cosa depositata, limitandolo alla sola integrità esteriore del plico ed escludendolo con riguardo alla conservazione del contenuto⁽¹⁴⁾.

Per il terzo comma dell'art. 8 si possono ripetere i rilievi svolti in relazione all'art. 14 appena esaminato.

Il significato dell'art. 9 può essere colto solo se viene collegato con l'art. 4. Questa regola dispone che « il depositante, all'atto della costituzione del rapporto, deve dichiarare il valore in lire, che attribuisce alle cose depositate » (cfr. anche art. 12, comma 1°); di conseguenza « in caso di perdita totale o parziale l'eventuale indennizzo dovuto dalla Azienda di credito non può essere superiore al valore dichiarato ». Pertanto l'art. 9 non contiene una clausola di limitazione della responsabilità con fissazione della somma massima da corrispondere a titolo di risarcimento, bensì proporziona l'entità del risarcimento alla prestazione cui è tenuta la banca. Con altre parole l'art. 9 prevede un patto di limitazione dell'oggetto del contratto.

e) *Norme per il servizio delle cassette di sicurezza.*

Gli artt. 2, comma 3°, 6, comma 1°, e 12, comma 2°, contengono clausole di esonero da responsabilità della banca nell'ipo-

⁽¹³⁾ MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 632.

⁽¹⁴⁾ Conf. CAPOBIANCO, *Il deposito chiuso*, in *Banca borsa tit. cred.* 1956, I, 557.

tesi in cui la produzione del danno derivi da un suo comportamento colposo ⁽¹⁵⁾.

L'art. 16 ha avuto una vicenda singolare ⁽¹⁶⁾. L'opinione prevalente lo considera una clausola di limitazione del contenuto del contratto ⁽¹⁷⁾, ritenendo che esso sia stato dettato dalla « giustificata esigenza delle banche di assicurare un equilibrio tra la propria prestazione e la controprestazione del cliente. L'art. 16, infatti, non è diretto a porre la banca in una posizione di vantaggio nel rapporto contrattuale, bensì a proporzionare il rischio assunto alla misura del canone proposto dal cliente, perchè altrimenti sarebbe proprio la banca a trovarsi nel rapporto in una posizione deteriore. Senza la possibilità di determinare convenzionalmente il valore delle cose depositate, infatti, la banca, che non può controllare e quindi impedire al cliente di depositare nella cassetta oggetti che superino un determinato valore, si vedrebbe esposta, contro un corrispettivo quasi modesto, a rispondere illimitatamente delle cose depositate, qualunque sia il loro valore » ⁽¹⁸⁾.

Ma una recente sentenza della Cassazione ha mutato indirizzo. Dopo avere premesso il criterio che distingue la clausola di esonero da responsabilità da quella che limita l'oggetto del negozio, questa sentenza ha stabilito che l'inserzione dell'art. 16 in un contratto di utenza di cassette di sicurezza « non altera in nessun modo l'oggetto del negozio, che rimane quello tipico, previsto dall'art. 1839 cod. civ. ». « La determinazione convenzionale del valore massimo, da attribuirsi al contenuto

⁽¹⁵⁾ Contro CIUCHINI, *Il servizio delle cassette di sicurezza*, in *Enciclopedia della banca e della borsa*, II, Roma-Milano (s.d.), p. 171.

⁽¹⁶⁾ Per l'informazione bibliografica v. GIANNATTASIO, *Vent'anni di giurisprudenza sui contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.* 1962, I, 404 ss.

⁽¹⁷⁾ CAPOBIANCO, *Le cassette di sicurezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1955, I, 100 s.; GIANNATTASIO, *Limitazioni alla responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*, *ibid.* 1956, II, 438 ss.; CIUCHINI, *op. cit.*, p. 172 s.; MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 683 s. e nota 92; contro Trib. Firenze, 24 aprile 1970, in *Banca borsa tit. cred.* 1971, II, 281 s.

⁽¹⁸⁾ App. Bologna, 19 novembre 1973, in *Banca borsa tit. cred.* 1975, II, 273.

della cassetta, non è collegata ad alcuna restrizione o dilatazione delle obbligazioni dedotte nel contratto, giacchè non comporta nè per il cliente il divieto di immettere nella cassetta cose di valore, nè per la banca un diverso atteggiarsi degli adempimenti che le fanno carico. L'unica funzione della clausola consiste nel fissare un limite massimo al risarcimento, come risulta con tutta chiarezza dal terzo comma dell'art. 16 a norma del quale l'entità del rimborso, dovuto dall'Azienda di credito per qualsiasi ragione, non può superare quanto disposto al comma precedente (cioè la cifra convenzionale determinata). Si è, dunque, in presenza di una tipica clausola diretta — proprio e soltanto — a limitare la responsabilità della banca in caso di suo inadempimento » ⁽¹⁹⁾.

È difficile stabilire quale sia l'esatta interpretazione dell'art. 16, anche perchè la sua infelice formulazione offre argomenti testuali a favore di entrambe le soluzioni. Proprio per questo motivo, sotto la spinta di noti episodi della vita quotidiana, la banca si è avvalsa della facoltà concessale dall'art. 26 « di modificare in qualsiasi momento le condizioni che regolano il rapporto di utenza » per sostituire l'art. 16 con due distinte norme, le quali dispongono che « l'uso della cassetta è concesso per la custodia di cose di valore non superiore a L. . . Pertanto l'utente si obbliga a non conservare nella cassetta cose aventi un valore nel complesso superiore a detto importo di L. . . » e « nel caso in cui, per qualsiasi ragione, l'Azienda di credito fosse tenuta ad un risarcimento verso l'utente, essa non lo rimborserà che del danno comprovato ed obiettivo ».

In tal modo la banca determina l'oggetto della prestazio-

⁽¹⁹⁾ Cass. 29 marzo 1976, n. 1129, in *Banca borsa tit. cred.*, 1976, II, 178 s. con nota contraria di Molle. Questo orientamento è stato seguito dalle recentissime sentenze, ancora inedite, di Trib. Roma, 21 dicembre 1977 - 15 febbraio 1978 (Salvidio c. Monte dei Paschi di Siena); Trib. Milano, 3 novembre 1977 - 9 marzo 1978 (Antonini c. Cassa di Risparmio delle Province Lombarde); Trib. Milano, 24 novembre 1977 - 9 marzo 1978 (Rossi e altri c. Cassa di Risparmio delle Province Lombarde).

ne di custodia, convenendo il valore delle cose che devono essere immesse nella cassetta, con la ovvia conseguenza che — nelle ipotesi in cui il furto o il danneggiamento integrino la fattispecie di responsabilità della banca *ex art. 1839 cod. civ.* — essa sarà tenuta a risarcire il cliente solo entro i limiti in cui era obbligata alla custodia. Si è in presenza, dunque, di una clausola di limitazione del contenuto del contratto e non già di limitazione pattizia del *quantum debeatur* a titolo di responsabilità.

Questa nuova disciplina del servizio delle cassette di sicurezza pone il problema della sua utilità pratica, facendo sorgere l'interrogativo, se essa risponda ancora alla sua funzione economico-sociale.

f) *Norme relative ad operazioni garantite da titoli o da merci.*

I. *Condizioni generali uniformi relative all'apertura di credito garantita da merce e/o da documenti rappresentativi di merce.*

La prima parte del primo comma dell'art. 9 riproduce la stessa regola dell'art. 2790, comma 1°, cod. civ. La seconda pone a carico del cliente una serie di fatti determinanti la perdita o l'avaria della merce costituita in pegno, non imputabili alla banca oppure imputabili al cliente e a terzi che non hanno la veste di ausiliari. Questa norma, dunque, non deroga ai principi generali della responsabilità della banca.

g) *Norme relative al rilascio di fideiussioni.*

I. *Condizioni generali uniformi relative alla fideiussione senza indicazione di limite massimo a garanzia di qualunque operazione.*

L'art. 5 prevede una deroga all'art. 1956 cod. civ., dispensando la banca dal chiedere la speciale autorizzazione al fi-

deiussores in caso di nuova concessione di credito al debitore, quando le condizioni patrimoniali di quest'ultimo sono divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito. La regola è stata ritenuta nulla sulla base dell'osservazione che « la rinuncia preventiva all'eccezione liberatoria sarebbe diretta ad esonerare il creditore dalle conseguenze di un fatto volontario » e quindi si configurerebbe come *pactum ne dolus praestetur* ⁽²⁰⁾.

La tesi, rimasta isolata, non è accettabile, in quanto l'art. 5 contiene in realtà una limitazione del contenuto del contratto ⁽²¹⁾, considerata valida dalla giurisprudenza sul presupposto che la rinuncia preventiva del fideiussore all'eccezione di estinzione dell'obbligazione stabilita dall'art. 5 non contrasta con alcun principio di ordine pubblico, ma comporta solo l'assunzione, da parte del fideiussore, del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore ⁽²²⁾.

h) *Norme relative al servizio incassi.*

La lettera A) dell'art. 1 elenca una serie di fatti che non sono imputabili all'azienda *ex art.* 1218 e pertanto non prevede una clausola di esonero. Ne consegue che — se, ad esempio, lo smarrimento, la sottrazione o la distruzione del titolo durante il trasporto avviene in seguito ad un comportamento colpevole della banca — questa non può invocare la norma in esame per sottrarsi a responsabilità.

La lettera B) contiene una tipica clausola di esonero ⁽²³⁾, come pure l'art. 2, comma 2°, per quanto riguarda la colpa della banca nella scelta del proprio corrispondente.

⁽²⁰⁾ ANGELONI, *Fideiussione per obbligazioni indeterminate*, in *Banca borsa tit. cred.* 1954, I, 67.

⁽²¹⁾ MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 207.

⁽²²⁾ Cass. 7 agosto 1967, n. 2441, in *Banca borsa tit. cred.* 1967, II, 520; App. Napoli, 9 luglio 1968, *ibid.*, II, 583.

⁽²³⁾ Contro MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 697.

Gli artt. 6, comma 2°, e 7 escludono l'obbligo della banca, in assenza di specifiche istruzioni, di levare il protesto o di ritirare e immagazzinare la merce, alla quale si riferiscono i documenti, o di provvedere ad alcunchè nei riguardi della stessa. Viceversa la seconda parte dell'art. 7 prevede un patto di irresponsabilità. Analoga conclusione vale anche per l'art. 8, comma 2° e 4°, anche se la sua non chiara formulazione può fare pensare che sia diretto a limitare l'ambito degli obblighi della banca, escludendo quello di controllare l'autenticità delle firme oppure di protestare in tempo utile gli effetti su Paesi con comunicazioni difficili.

i) *Condizioni e norme per il rilascio e l'utilizzo delle carte assegni*

L'art. 4 pone, a carico del correntista, l'obbligo di custodire con la massima cura la carta assegni. Inoltre esonera la banca da responsabilità connessa all'uso illegittimo della carta da parte di terzi.

1) *Norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari.*

L'art. 7 determina il contenuto dell'obbligo della banca nell'esame dei documenti, il quale consiste nell'accertare, con ragionevole cura, che « essi *appaiano* conformi alle condizioni del credito ».

L'art. 9 non prevede una clausola di esonero da responsabilità ⁽²⁴⁾, come si ricava dalle tre distinte regole in essa inserite. La prima (« le banche non assumono nessuna responsabilità per la forma, la sufficienza, l'esattezza ecc. ») costituisce una specificazione del principio del formalismo del credito documentario sancito nell'art. 7 ⁽²⁵⁾. Una diversa lettura, tendente

⁽²⁴⁾ Contro Trib. Firenze, 14 gennaio 1950, in *Banca borsa tit. cred.* 1950, II, 279 con nota critica di Micheli, ma si tratta di sentenza isolata.

⁽²⁵⁾ BALOSSINI, *Norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari*, II, Milano 1969, p. 225 ss.; MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 575.

ad attenuare il grado di diligenza della banca nel controllo dei documenti, contrasterebbe con la funzione economico-sociale del credito documentario.

La seconda regola (« esse non assumono alcuna responsabilità nemmeno per la descrizione, la quantità, il peso ecc. ») riproduce il canone della separazione delle operazioni di credito dal rapporto sottostante ⁽²⁶⁾. La terza (« nè infine per la buona fede, per gli atti e/o omissioni ecc. ») appare superflua ⁽²⁷⁾, perchè riguarda fatti di cui la banca non può essere chiamata a rispondere.

L'art. 10 contempla una clausola di esonero ⁽²⁸⁾, così come l'art. 12, comma 2°, per quanto concerne la colpa della banca nella scelta del corrispondente. Da ultimo l'art. 11 elenca una serie di fatti non imputabili alla banca e di cui non è tenuta, perciò, a rispondere *ex art. 1218*.

Con riguardo a queste norme, e in particolare all'art. 10, si è scritto che esse trasferiscono, a carico dell'ordinante che pretende il risarcimento del danno, la prova del dolo o della colpa grave della banca ⁽²⁹⁾. Questa opinione richiede una precisazione. Le parti possono validamente mutare il regime probatorio fissato dall'art. 1218 tranne nel caso in cui ciò renda difficile per il creditore l'esercizio del diritto. Tale eccezione è stata introdotta dall'art. 2698 cod. civ. per ovviare il pericolo che la parte economicamente più forte possa « porre nel nulla i diritti della parte più debole » ⁽³⁰⁾. Ma essa assume particolare rilievo nella materia che qui interessa, in quanto impedisce ai contraenti di realizzare l'esonero da responsabilità per dolo o colpa grave attraverso le convenzioni sulla prova. Se in

⁽²⁶⁾ BALOSSINI, *op. cit.*, p. 235.

⁽²⁷⁾ BALOSSINI, *op. cit.*, p. 236.

⁽²⁸⁾ Conf. MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 576.

⁽²⁹⁾ MOLLE, *op. ult. loc. cit.*

⁽³⁰⁾ Relazione al codice civile, n. 1104.

virtù di tali accordi diventa arduo per il debitore dimostrare il dolo o la colpa grave della controparte e questa, pertanto, può sfuggire alle conseguenze del suo comportamento, essi sono da considerarsi nulli ai sensi dell'art. 2698⁽³¹⁾. Questa norma si collega così all'art. 1229, perchè sottrae all'autonomia privata il potere di eludere il divieto delle clausole di esonero attraverso forme convenzionali che, mentre lasciano sussistere la responsabilità del debitore, sostanzialmente raggiungono il medesimo scopo delle convenzioni vietate dall'art. 1229, comma 1°⁽³²⁾.

m) *Norme uniformi per il servizio incasso di effetti e documenti.*

Gli artt. 1, comma 2°, e 2 escludono l'obbligo della banca sia di esaminare la carta commerciale e i documenti che l'accompagnano, sia di accertare l'indirizzo esatto del trattario oppure il domicilio al quale la banca cessionaria deve effettuare la presentazione. Di conseguenza l'espressione « non assumono alcuna responsabilità ecc. », inserita nelle due norme, è pleonastica per la mancanza del correlativo obbligo⁽³³⁾.

L'art. 8 prevede una clausola di esonero da responsabilità nel caso di colpa della banca nell'accertamento della autenticità di qualsiasi firma e dei poteri di qualsiasi firmatario. Identica natura ha l'art. 9, comma 3°, mentre qualche dubbio sorge con riguardo all'art. 9, comma 2°. Forse è preferibile l'interpretazione che vede nella norma un'esclusione dell'obbligo della

(31) « L'assunzione dell'onere probatorio della colpa da parte del creditore può infatti ammettersi solo in quanto la prestazione ricada nella sua sfera di controllo, e renda concretamente possibile accertare l'eventuale colpa del debitore o dei suoi ausiliari (BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1967, p. 404).

(32) BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano 1971, p. 78 s.

(33) BALOSSINI, *L'incasso documentario nelle norme uniformi della camera di commercio internazionale*, Milano 1970, p. 86.

banca di fare levare il protesto in mancanza di istruzioni specifiche ⁽³⁴⁾.

L'art. 16, comma 1°, contiene un patto di esonero per colpa della banca nella scelta del corrispondente o nell'invio delle istruzioni.

L'art. 17 stabilisce l'esonero da responsabilità della banca per le conseguenze derivanti da ritardi e/o perdite nell'inoltro di messaggi, lettere o documenti, per i ritardi, mutilazioni o altri errori che potessero verificarsi nella trasmissione di cablogrammi, telegrammi o telex e per gli errori di traduzione o interpretazione dei termini tecnici, dipendenti sia da fatto proprio sia da fatto di terzi.

Per l'art. 18 si possono ripetere le stesse considerazioni svolte con riferimento all'art. 11 delle norme sui crediti documentari.

3. L'indagine condotta sui moduli di contratto adottati dalla banca ha messo in luce come essa — a differenza delle altre imprese che adottano la prassi della contrattazione standardizzata — ricorra con poca frequenza alle clausole di esonero, preferendo inserire nei moduli clausole che limitano l'ambito delle sue obbligazioni. Così evita non solo i delicati problemi connessi alla pratica dei patti di irresponsabilità, ma addirittura si sottrae all'osservanza della semplice formalità della loro specifica approvazione per iscritto ai sensi dell'art. 1341, comma 2°.

Comunque, con l'uso combinato dei due tipi di clausole la banca riversa il rischio di ogni operazione economica sugli utenti dei servizi da essa predisposti, sicchè è naturale che si prospetti il problema se e in quali limiti si possa circoscrivere il suo potere contrattuale. Problema questo che — pur colle-

⁽³⁴⁾ Conf. BALOSSINI, *op. ult. cit.*, p. 114.

gandosi a quello più generale della protezione dei consumatori di fronte alla negoziazione per *standards* ⁽³⁵⁾ — richiede autonome riflessioni proprio per la particolare natura dell'attività bancaria ⁽³⁶⁾.

Non si può negare che per le modalità con cui opera nel mercato ⁽³⁷⁾ e per la rilevanza economico-sociale della funzione svolta l'istituto di credito si definisce « grande impresa » ⁽³⁸⁾, in quanto è detentore di un potere di supremazia che « presenta — sul piano della latitudine di decisione che lo caratterizza — singolare analogia con l'attività politica » e « al tempo stesso come quello amministrativo, appare autoritario e direttamente incisivo delle situazioni soggettive individuali » ⁽³⁹⁾.

⁽³⁵⁾ Ampiamente trattato dalla dottrina tedesca, il tema è stato studiato in Italia solo di recente: cfr., oltre le monografie già citate di Benatti, Roppo e Cavalli, il volume collettaneo *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano 1970; DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.* 1970, I, 192 ss.; LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Milano 1971; COSTANTINO, *Regole di gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* 1972, I, 68 ss.; BESSONE, *Contratti di adesione e natura « ideologica » del principio di libertà contrattuale*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Genova*, 1973, 415 ss.; C. M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli 1975.

⁽³⁶⁾ Va precisato che il problema sorge con riguardo alle operazioni di credito a breve. Nel credito a lungo termine « contraente debole è proprio l'impresa bancaria, a causa della completa predeterminazione del credito, definito minutamente, in sede legislativa, con pochissimo spazio per la discrezionalità dell'impresa, tanto che... si è giunti ad ipotizzare una sorta di diritto al credito da parte del privato in possesso dei requisiti previsti dalla legge per la concessione del credito agevolato » (MACCARONE, *Governo dell'« attività » bancaria e disciplina degli « atti »*, in *L'ordinamento del credito fra due crisi (1929/1973)* a cura di P. VITALE, Bologna 1977, p. 199).

⁽³⁷⁾ Infatti, ogni banca adotta, come modelli inderogabili di contratto, la regolamentazione predisposta dall'Associazione Bancaria Italiana (A.B.I.), sicchè si determina, nel mercato, una situazione di monopolio. (È dubbio, però, se l'azienda di credito sia obbligata ad uniformarsi a tale regolamentazione in virtù del vincolo associativo: in senso affermativo FOLCO, *Il sistema del diritto della banca*², I, Milano 1968, p. 196 nota 24; contro VIGNOCCHI, *Il servizio di credito nell'ordinamento pubblicistico*, Milano 1968, p. 238).

⁽³⁸⁾ Per la definizione cfr. BENATTI, *op. cit.*, p. 108 ss.

⁽³⁹⁾ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino 1970, p. 91 ss.; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano 1977, p. 221 s.

Senonchè i pregiudizi che possono essere arrecati agli utenti delle norme uniformi, potrebbero essere giustificati dagli obiettivi di politica economica assegnati alla banca. Accanto a scopi di natura pubblicistica, essa persegue il fine della tutela del risparmio, cioè « degli interessi (in primo luogo, della tranquillità) dei risparmiatori »⁽⁴⁰⁾. Presentandosi come amministratore di denaro altrui, l'istituto di credito deve costantemente mantenere il proprio patrimonio in condizioni di liquidità, gestendolo in modo attento e prudente così « da soddisfare il duplice interesse dei depositanti di vedere custodito il proprio denaro e di riaverlo in ogni momento »⁽⁴¹⁾. Pertanto non può compiere operazioni speculative e azzardate, ma deve tendere ad un corretto e ordinato svolgimento della sua attività allo scopo di ridurre, il più possibile, i propri rischi.

Il nesso tra funzione creditizia e risparmio trova una significativa conferma nell'art. 47 cost., che collega l'esigenza di incentivazione e tutela del risparmio alla disciplina, coordinamento e controllo del credito. Pur senza soffermarsi sul vivace dibattito riguardante l'interpretazione della norma⁽⁴²⁾, non vi è dubbio che essa non può esaurire la sua funzione nell'imporre ai pubblici operatori il compito di creare le condizioni idonee all'incremento, all'espansione e allo sviluppo del risparmio. Al pari delle disposizioni della parte I, titolo III della Costituzione, che hanno influito sulla disciplina del lavoro, della proprietà e dell'impresa, l'art. 47 cost. contiene una direttiva fondamentale anche in materia di rapporti tra banca, risparmiatori e clienti, ponendo la tutela del risparmio come fine

(40) M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano 1969, p. 35; cfr. anche PORZIO, *Interessi pubblici e interessi privati nella disciplina del credito*, in *Banca borsa tit. cred.* 1971, I, 346 ss.

(41) F. GIORGIANNI, *I crediti disponibili*, Milano 1974, p. 221.

(42) Cfr., in vario senso, PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano 1963, p. 353 ss.; G. FERRI, *Considerazioni preliminari sull'impresa bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.* 1969, I, 328 ss., e *La validità attuale della legge bancaria*, in *Riv. dir. comm.* 1974, I, 135 ss.

sociale ⁽⁴³⁾. Di conseguenza tale tutela non sarebbe completa, se non venisse assicurata la sicurezza di chi affida i suoi denari alla banca.

Nella prospettiva appena delineata si può spiegare la pratica della banca di predisporre schemi di contratto che la proteggano contro il pericolo di insolvenza dei clienti, garantendole la più completa tranquillità nell'esecuzione di ogni contratto, anche se ciò può pregiudicare talvolta gli interessi degli utenti. Pertanto il controllo delle norme uniformi non sembra trovare alcuna giustificazione, in quanto parrebbe in contrasto, tra l'altro, anche con un principio cardine dell'ordinamento.

4. Le considerazioni precedenti non sono sufficienti per consentire l'illimitato potere della banca di imporre condizioni generali particolarmente onerose per i clienti, essendo sorti ragionevoli dubbi sul fatto che la tutela del risparmio richieda necessariamente il sacrificio degli interessi dei clienti. Si è avanzata, anche in questo settore, l'idea che di fronte al potere contrattuale della banca gli utenti debbano essere considerati « contraenti deboli » e, in quanto tali, bisognosi di protezione ⁽⁴⁴⁾. Per verificare la portata di questo rilievo occorre chiarire il concetto di contraente debole.

Questa nozione è stata formulata all'inizio del secolo per designare i soggetti che sono in una situazione di inferiorità economica rispetto ai detentori dei mezzi di produzione e quindi esigono una tutela diretta ad eliminare queste disuguaglianze di fatto ⁽⁴⁵⁾. Il tema non è stato approfondito, perchè era opinione comune che in posizione di soggezione fossero soltanto i prestatori di lavoro subordinato.

⁽⁴³⁾ G. FERRI, *op. cit.*, in *Banca borsa tit. cred.* 1969, I, 331.

⁽⁴⁴⁾ È la tesi svolta da Cavalli nell'opera citata.

⁽⁴⁵⁾ MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Riv. dir. comm.* 1904, I, 460 ss.

In epoca recente il termine « contraente debole » è stato usato per indicare le categorie di soggetti che, subendo lo schema di negozio predisposto dall'altro *partner*, vedono violata la loro libertà contrattuale, perchè sono posti nell'alternativa tra l'accettare quello schema oppure rinunciare alla conclusione del contratto ⁽⁴⁶⁾. Di qui è stata facile la constatazione che oggi si verifica una inversione di tendenza rispetto a quella che ha caratterizzato la nostra evoluzione giuridica degli ultimi cento anni. Infatti, si sta « passando, in presenza dell'esperienza sempre più diffusa dei contratti *standard*, dal contratto, cioè dal principio dell'autonomia contrattuale fondata sulla libertà e sull'uguaglianza dei contraenti, allo *status* » ⁽⁴⁷⁾, per cui la posizione del singolo si determina in virtù della sua appartenenza ad un gruppo, riflettendo il potere economico della categoria cui appartiene: quando questa si trova, di fatto, in una situazione di inferiorità economica, nasce l'esigenza di una sua elevazione a condizioni di vita atte ad eliminare ogni possibile soggezione ⁽⁴⁸⁾.

Malgrado queste precisazioni, il problema dell'identificazione di tali classi si presenta di ardua soluzione, in quanto « la stessa persona può, in genere, far parte di più classi o categorie (per es. di proprietari, coniugi, cittadini, infermi ecc.) anche se apparentemente, o sotto certi aspetti, contrastanti (per es. di proprietari e lavoratori) » ⁽⁴⁹⁾. Per superare questa diffi-

⁽⁴⁶⁾ Trib. Milano, 15 giugno 1972 (ordinanza), in *Giur. it.* 1973, I, 2, 793.

⁽⁴⁷⁾ FROSINI, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., p. 145.

⁽⁴⁸⁾ NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, Milano 1955, 90. Nè si può identificare la categoria dei contraenti deboli con quella dei consumatori, posto che « non esiste la classe dei consumatori » (FENGLI, *Leggi del capitalismo e diritto dell'impresa*, Bari 1974, p. 72). In argomento v. anche C. M. MAZZONI, *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in *Giur. comm.* 1976, I, 622 ss.

⁽⁴⁹⁾ LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Studi economico-giuridici Università di Cagliari* 1953, 25; Corte cost. 12 novembre 1974, n. 256, in *Giur. cost.* 1974, 2874.

coltà è stato scritto che « le posizioni di preminenza o di soggezione non vanno intese in senso assoluto come espressioni di una rigida contrapposizione fra categorie sociali, bensì vanno riferite ai singoli rapporti sociali nei quali viene articolarsi la vita della società »⁽⁵⁰⁾. Muovendo da una analoga osservazione una moderna dottrina ha constatato che le situazioni di debolezza e di soggezione traggono origine da particolari circostanze di ordine naturale, sociale ed economico. Di conseguenza i soggetti deboli sono i poveri nei confronti dei ricchi, i non possidenti nei confronti dei possidenti, le donne — almeno in particolari circostanze quali la maternità — nei confronti degli uomini, i malati nei confronti dei sani, i singoli nei confronti dei gruppi organizzati, le piccole imprese nei confronti delle grandi e così via⁽⁵¹⁾.

Ma anche questa opinione va incontro alle medesime critiche rivolte a quelle che l'hanno preceduta, cioè di proporre un criterio di identificazione del contraente debole vago, generico e perciò inutilizzabile, quando lo si vuole applicare ai casi concreti. Nè al riguardo soccorrono le norme costituzionali che manifestano uno spiccato favore per le posizioni più deboli (artt. 38, 44, 45 e 47). Da esse si ricava che la Costituzione *a)* non tratta espressamente dei consumatori e, più in generale, di coloro che subiscono l'abuso della libertà negoziale, ma si preoccupa solo di alcune categorie di soggetti in condizioni di inferiorità per la loro incapacità produttiva (disoccupati, inabili al lavoro ecc.) o per lo stato di subordinazione o per la struttura economico giuridica dell'azienda (artigiani, coltivatori diretti ecc.); *b)* demanda alla legge il compito di fissare le modalità della loro tutela⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ P. BARCELONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano 1969, p. 191 nota 79.

⁽⁵¹⁾ WEITNAUER, *Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht*, Karlsruhe 1975, p. 12 s.

⁽⁵²⁾ BENATTI, *op. cit.*, p. 164.

Con maggiore precisione si riconosce la qualifica di contraente debole a chi deve contrattare con un'impresa detentrica di un potere economico di supremazia, tale cioè da pregiudicare, nei rapporti con gli altri consociati, le situazioni costituzionali di libertà ⁽⁵³⁾. Approfondendo questa concezione, si nota che per essa l'opportunità del controllo delle condizioni generali prescinde da reali esigenze di tutela dei soggetti interessati, essendo prevalentemente diretto a limitare il potere imprenditoriale. Quando si afferma che contraente debole è chi si trova di fronte ad una grande impresa, diventa irrilevante la posizione degli aderenti, se cioè tutti siano egualmente esposti a subire l'altrui comando oppure se taluno, pur non concorrendo alla formulazione del regolamento, sia in grado di provvedere efficacemente a tutelarsi in via autonoma contro le potenzialità di pregiudizio che vi si connettono ⁽⁵⁴⁾. In realtà si vuole incidere sulla iniziativa economica per controllare la politica dell'impresa.

5. A questo punto risulta chiara l'obiezione cui va incontro l'opinione che fonda il controllo delle norme uniformi sulla constatazione che i clienti della banca devono essere considerati contraenti deboli, cioè soggetti bisognosi di protezione. A parte la denunciata inconsistenza della formula « contraente debole », va sottolineato che — anche aderendo alla tesi da ultimo esposta che identifica il contraente debole con chi subisce, nel contrattare, il potere economico di supremazia della grande impresa — non si propone una spiegazione convincente per limitare, a favore degli utenti, la facoltà della banca di predisporre unilateralmente i moduli di contratto, giacchè tale facoltà sarebbe preordinata alla realizzazione di un interesse di vasta portata sociale, la tutela dei risparmiatori.

⁽⁵³⁾ LISSERRE, *op. cit.*, p. 46.

⁽⁵⁴⁾ ROPPO, *op. cit.*, p. 344.

In realtà occorre muovere da un diverso ordine di considerazioni per giustificare il controllo delle condizioni generali contenute nelle norme uniformi. Anzitutto la tutela del risparmio è già attuata con le leggi del 1936-38, le quali prevedono, proprio a tale scopo, una serie di obblighi e di oneri a carico dell'istituto di credito. Essi consistono in controlli preventivi, concomitanti e successivi dell'esercizio dell'impresa affidati a organi di vertice, e impongono norme di amministrazione che riguardano quei principi della tecnica bancaria diretti a realizzare un equilibrio tra durata media dei depositi e durata media degli investimenti, tra la scelta degli investimenti e la ripartizione dei rischi, così da assicurare talune garanzie ai creditori dell'azienda e mantenere quest'ultima in condizioni di liquidità (ad esempio si possono indicare le prescrizioni sull'ammontare minimo del capitale e della riserva legale, sul rapporto tra patrimonio e passività e così via).

Pertanto, se la protezione dei risparmiatori è assicurata dalle leggi che disciplinano l'attività bancaria, viene meno la ragione di invocare siffatta esigenza a sostegno della assoluta e completa libertà della banca nel predisporre le norme uniformi. Già con l'osservanza della legge essa adempie la sua funzione di garante degli interessi dei risparmiatori senza che sorga l'ulteriore necessità di addossare i rischi di ogni contratto sulla massa degli utenti. Nei tempi recenti, poi, la tutela del risparmio non risiede più « nella cautela circa la sana gestione (considerata la diminuzione dei rischi dell'attività bancaria moderna), ma nella difesa del valore del potere di acquisto, contenuto in quel risparmio, e ciò anche nei confronti dell'azione perturbatrice dello Stato » ⁽⁵⁵⁾.

D'altra parte, qualora si proceda all'individuazione dei soggetti che in prevalenza richiedono i servizi della banca, si

⁽⁵⁵⁾ P. VITALE, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano 1977, p. 59

constata come vadano dalla piccola alla grande impresa, dall'artigiano alla cooperativa, dal coltivatore diretto al commerciante. Essi appartengono, dunque, a categorie produttive ⁽⁵⁶⁾; di conseguenza la giusta preoccupazione di tutela dei risparmiatori non può essere disgiunta da analoga esigenza nei confronti degli appartenenti a tali classi, non sussistendo alcun elemento che giustifichi il sacrificio di queste ultime a vantaggio dei primi. La difesa dei risparmiatori si colloca sullo stesso piano di quella delle classi produttive per la decisiva riflessione che anche la tutela della produzione rappresenta una direttiva del vigente ordinamento, come emerge dai lavori preparatori del codice civile ⁽⁵⁷⁾ e dalla stessa Costituzione ⁽⁵⁸⁾. In questa direzione si muove il legislatore moderno, « se nelle più recenti leggi e nello stesso funzionamento di fatto delle istituzioni creditizie la preoccupazione per i risparmiatori ed i loro interessi sembra cedere sempre di più il passo di fronte a quella per il risparmio nella sua funzione globale di alimentazione del processo produttivo » ⁽⁵⁹⁾.

Nel quadro appena delineato diventa motivo di riflessione critica il fatto che la banca riversi il costo di ogni operazione economica sui clienti attraverso una diseguale ripartizione

⁽⁵⁶⁾ Un accenno in PORTALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie* a cura di G. B. Portale, Milano 1978, p. 1067 e COLOMBO, *L'estinzione dell'apertura di credito*, *ibid.*, p. 547.

⁽⁵⁷⁾ Cfr., ad esempio, la relazione al codice civile, n. 554, 555 e 604 (per una valutazione critica LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli 1970).

⁽⁵⁸⁾ G. FERRI, *op. cit.*, in *Banca borsa tit. cred.* 1969, 331; OTTAVIANO, *Iniziativa privata e intervento pubblico*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione* 1976, 31, il quale nota che « la salvaguardia delle esigenze produttive corrisponde ... ad un principio giuridico, in quanto presupposto per il conseguimento dei fini sociali indicati dalla Costituzione. La produzione, pertanto, non ha valore in sè ma in quanto collegata al conseguimento di altri fini. Può, dunque, dirsi che i destinatari dei benefici che possono derivare dalla sua continuità o dal suo aumento, non sono soltanto coloro che direttamente contribuiscono a realizzarla, ma anche quanti siano titolari di diritti sociali i quali, in quanto tali, possono avvantaggiarsi di essa e del suo incremento ».

⁽⁵⁹⁾ M. NIGRO, *op. cit.*, p. 35.

dei reciproci diritti e doveri disposta dalle norme uniformi. Si profila, dunque, la necessità di garantire un giusto equilibrio tra la banca e i suoi utenti: il problema è di trovare gli strumenti adeguati ⁽⁶⁰⁾.

6. A tale scopo non serve l'art. 1341, comma 2° ⁽⁶¹⁾. Malgrado la contraria opinione della relazione (n. 612), il requisito della specifica approvazione per iscritto assicura alla parte aderente soltanto la conoscenza del contenuto del negozio, invitandola a ponderare e meditare sul significato e sulle conseguenze di certe clausole, ma non limita il potere economico del predisponente. La sola libertà attribuitale è di non stipulare il contratto, ma nel sistema di accordi e cartelli che legano le banche tra di loro, l'utente si trova nella necessità di usufruire del servizio secondo le condizioni offerte, identiche per tutti gli istituti di credito, e non può ritenersi sufficientemente difeso per il fatto di essere messo in grado di valutare lo schema negoziale proposto. L'art. 1341, comma 2°, tutela non la « libertà dal bisogno », bensì la « libertà dall'inganno » ⁽⁶²⁾.

Da più parti si è allora pensato di affidare il controllo delle norme uniformi alla Banca d'Italia, argomentando, anzitutto, dagli artt. 32, lett. *b*) e *h*), e 35, lett. *b*) e *c*), l. b., i quali le attribuiscono il potere di emanare istruzioni in ordine « alle condizioni delle operazioni di deposito e di conto corrente », « alle cautele per evitare gli aggravamenti di rischio derivanti dal cumulo dei fidi », « ai limiti massimi di fidi concedibili »

⁽⁶⁰⁾ Infatti i meccanismi del mercato non sono in grado di esercitare alcun influsso sul contenuto delle norme uniformi (contro, e a favore della promozione di una forte concorrenza tra le imprese ai fini della tutela dei consumatori, GRUNSKI, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft*, in *BB* 1971, 1113 ss.).

⁽⁶¹⁾ Si tratta di opinione pacifica: cfr., da ultimo anche per una completa informazione bibliografica, ROPPO, *op. cit.*, p. 173 ss. e 292 ss.

⁽⁶²⁾ SIMONCELLI-SCIALOJA, *Sulla «ratio» degli artt. 1341 e 1342 cod. civ.*, in *Foro it.* 1950, I, 680.

e « alle norme e termini per la riduzione in caso di constatata eccedenza », infine « alle dichiarazioni che i richiedenti i fidi devono rilasciare sulle condizioni patrimoniali ed economiche perchè i fidi stessi vengano concessi ». Tali disposizioni potrebbero essere interpretate nel senso che è compito della Banca d'Italia impartire direttive anche in relazione al contenuto delle norme uniformi sia per proibire l'inserimento nei moduli di certe clausole, sia per prescrivere una determinata disciplina del regolamento pattizio dei singoli contratti.

Questo tentativo, se pare apprezzabile per l'impegno di ricercare la soluzione del controllo delle norme uniformi nell'ambito dei controlli sull'attività creditizia, non può dirsi riuscito. Sotto il profilo pratico va osservato che la Banca d'Italia ha fatto ricorso raramente alle norme citate, come si desume dall'esame delle istruzioni da essa emanate ⁽⁶³⁾, sicchè non sembra realistico ritenere che nel futuro muti orientamento, tanto più che essa concepisce i suoi compiti in funzione della sicurezza e della efficienza del sistema bancario e non già in funzione della tutela degli interessi dei clienti delle banche. Inoltre va notato che — pur interpretando gli artt. 32, lett. b) e h), e 35, lett. b) e c), nel senso più ampio possibile — essi si possono riferire semmai ai soli contratti di deposito, di contocorrente e di concessione di fido (e forse con esclusione delle operazioni garantite); il che lascia aperto il problema del controllo di tutti gli altri contratti bancari. Da ultimo non deve essere dimenticato che il rispetto delle eventuali istruzioni sulle norme uniformi da parte degli istituti di credito lascerebbe del tutto insoluta la questione della loro validità, così che sussisterebbero sempre motivi di incertezza nel rapporto fra banca e clienti, in quanto le clausole approvate o raccomandate dalla Banca d'Italia sarebbero sottoposte al diritto delle obbliga-

(63) Conf. PATRONI GRIFFI, *La politica del credito nei confronti delle piccole e medie imprese*, in *Banca borsa tit. cred.* 1973, I, 300 s.

zioni e dei contratti e quindi al corrispondente sindacato giudiziale.

Le difficoltà di fondare su singole disposizioni della legge bancaria il controllo delle norme uniformi ha fatto sorgere l'idea che esso rientri nel più generale potere di controllo che la Banca d'Italia ha sulla gestione degli istituti di credito. Infatti, l'atto di predisposizione delle condizioni generali esprime un momento particolarmente significativo dell'iniziativa economica dell'imprenditore, appartenendo a quelle operazioni preliminari necessarie all'organizzazione dell'impresa, in quanto costituisce la materiale premessa della sua futura attività negoziale ⁽⁶⁴⁾. Pertanto il soggetto cui è affidato istituzionalmente il controllo sul comportamento globale della banca, è investito — proprio per questa ragione — anche del potere di sindacare, nel suo complesso, la politica contrattuale ⁽⁶⁵⁾.

La tesi è suggestiva, ma non può essere accolta, contrastando con i compiti assegnati alla Banca d'Italia. Gli strumenti di controllo ad essa attribuiti dalle leggi del 36-38 rispondono alle finalità di garantire una corretta gestione dei risparmi, di mantenere la funzionalità della struttura bancaria e di permettere il governo e l'indirizzo del credito ⁽⁶⁶⁾. La dottrina parla di controllo — vigilanza e di controllo — regolazione ⁽⁶⁷⁾; mai ha individuato forme di controllo dirette a realizzare un'equa disciplina del rapporto tra banca e clienti o ad impedire che gli interessi della prima si raggiungano attraverso il sacrificio dei secondi.

⁽⁶⁴⁾ Rorfo, *op. cit.*, p. 144, il quale conclude che « l'atto di predisposizione — in quanto privo di valore negoziale — non sarà soggetto al regime nei negozi, ma — in quanto ricompreso nella classe degli atti di iniziativa economica privata — sarà soggetto alla disciplina che li concerne: in primo luogo, ai limiti (e alle garanzie) dell'art. 41 Cost. » (nota 152).

⁽⁶⁵⁾ È la tesi formulata da Portale nell'intervento svolto dopo questa mia lezione.

⁽⁶⁶⁾ M. NIGRO, *op. cit.*, p. 73 s.

⁽⁶⁷⁾ M. NIGRO, *op. cit.*, p. 15 nota 13.

Comunque — e il discorso diventa di politica legislativa — qualora si volesse introdurre nel nostro ordinamento il controllo amministrativo delle norme uniformi, esso deve essere affidato alla Banca d'Italia, essendo il solo organismo tecnico idoneo a bilanciare, nella valutazione di dette norme, i contrapposti interessi della banca, dei risparmiatori e degli utenti ⁽⁶⁸⁾. Avendo una visione globale del settore del credito, le sue decisioni si presentano coerenti con la funzione socio-economica del servizio bancario e con la situazione finanziaria del Paese.

Non vedo l'opportunità di demandare simile compito ad altri organismi, anche di nuova costituzione, perchè suscita non poche perplessità l'opinione, pur condivisa da noi, che « il controllo in termini generali delle condizioni uniformi di contratto è tipico compito di una autorità dell'amministrazione pubblica dell'economia » ⁽⁶⁹⁾. Tralasciando il rilievo della scarsa efficienza, affidabilità e credibilità della nostra pubblica amministrazione ⁽⁷⁰⁾, è significativa la recente non felice esperienza del controllo, da parte del Ministero dell'Industria e del Commercio, delle condizioni di polizza nelle assicurazioni sulla vita e nelle assicurazioni della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore. I motivi di perplessità aumentano, poi, qualora si affronti il problema della composizione degli organi di controllo amministrativo. È utopistico pensare che essi siano formati esclusivamente da rappresentanti delle varie categorie degli imprenditori e dei consumatori, non solo perchè esisterebbe disparità di forza tra le due contrapposte organizzazioni, ma soprattutto perchè le associazioni dei consumatori non hanno, presso di noi, alcuna tradizione e quindi non

⁽⁶⁸⁾ Conf. Portale nell'intervento al convegno sulle garanzie reali e personali nei contratti bancari svoltosi ad Alghero dal 17 al 19 marzo 1975, riferito da BIBOLINI, in *Giur. comm.* 1975, I, 579 e da P. DI BLASI, in *Banca borsa tit. cred.* 1975, I, 348.

⁽⁶⁹⁾ PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil des BGB*, II, Tübingen 1972, p. 219.

⁽⁷⁰⁾ G. DE NOVA, in *Riv. dir. comm.* 1976, I, 65.

c'è chi non veda i pericoli di un loro improvviso sorgere e proliferare di fronte alla possibilità di entrare a far parte di questi organismi di controllo.

Ma neppure sarebbe soddisfacente una soluzione che volesse includere in tali organismi, accanto ai rappresentanti dei consumatori e degli imprenditori, quelli dei sindacati e dei partiti politici: accertata la situazione in cui versano le associazioni dei consumatori, si riprodurrebbe lo stesso modello delle relazioni industriali, il quale non ha nulla a che vedere con il fenomeno economico-sociale della contrattazione per *standards*. D'altra parte un siffatto organismo contribuirebbe a dare, anche se in forma occulta, un'impronta dirigistica alla nostra economia ⁽⁷¹⁾, giacchè dal controllo delle condizioni generali passerebbe, di fatto, al controllo dei prezzi e delle tariffe praticate dalle imprese, introducendo così una serie di limiti all'iniziativa privata, che per l'art. 41 cost. possono essere stabiliti solo per legge ⁽⁷²⁾.

7. Se dunque non è possibile fare ricorso all'art. 1341, comma 2°, cod. civ. e agli artt. 32 ss. l. b. per assoggettare a controllo le norme uniformi, non vi è altra via che affidarsi all'intervento del giudice. Ritenuta una forma obbligata di sindacato delle condizioni generali nell'assenza di più affidanti tecniche, essa è stata giudicata negativamente sotto diversi profili. Le critiche muovono, anzitutto, dal rilievo che la prassi della contrattazione per schemi predisposti costituisce un fenomeno di « prevaricazione e di dominazione sociale connesso al normale funzionamento del mercato e al normale esercizio dell'autonomia privata », per cui « risulta con chiarezza l'esigenza

(71) LÖWE, *Der Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine Aufgabe für den Gesetzgeber*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 70 Geburtstag*, München 1973, p. 399 s.

(72) Cfr., da ultimo, GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna 1974, p. 149.

di privilegiare strumenti, per così dire, autoritativi, estranei cioè alla logica del mercato e dell'autonomia privata e che rispetto a quella logica assumono anzi posizioni e ruolo antagonisti » (73). Si soffermano poi sulla considerazione che l'intervento del giudice è rimesso all'iniziativa di parte ed è destinato ad incidere sul singolo contratto; il che contrasta con il carattere di « massa » della contrattazione per *standards*, il quale richiede forme di controllo di portata quanto più ampia possibile (74). Da ultimo ricordano che il controllo giudiziario si fonda sulle clausole generali, verso cui sussiste una diffusa sfiducia a risolvere il problema della giustizia delle condizioni generali (75).

Ma queste obiezioni non possono essere condivise. Nei confronti della prima si è osservato che essa sposta « il problema dall'ambito delle condizioni generali di contratto a quello, più generale, dell'autonomia contrattuale dell'impresa », tendendo in definitiva ad una rifondazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti (76). Sicchè il dibattito non si incentra nella ricerca degli strumenti più adeguati a valutare le condizioni generali, bensì investe il sistema dell'economia di mercato; diventa, dunque, una discussione politica, forse inutile in questo contesto appena si rifletta sul fatto che il giudizio operato attraverso i principi di buona fede, di buon costume e di ordine pubblico, proprio per il tipo di valori da essi richiamati, garantisce un retto ed equilibrato svolgimento dei rapporti contrattuali.

(73) ROPPO, *op. cit.*, p. 275. s.

(74) ROPPO, *op. cit.*, p. 280 s.; BIANCA, *Le autorità private*, Napoli 1977, p. 76 s.

(75) ROPPO, *op. cit.*, p. 278 s.; BIANCA, *op. cit.*, p. 72 s., il quale osserva ancora che « l'operatività del controllo giudiziario può poi risultare insufficiente sotto un altro riguardo, ossia in ragione del costo e della lentezza delle procedure » (p. 77). Ma questa obiezione può essere mossa anche nei confronti del controllo amministrativo.

(76) G. DE NOVA, in *Riv. dir. comm.* 1976, I, 64 s.

La seconda obiezione non tiene in considerazione, da un lato, il peso che il precedente ha nella prassi negoziale delle imprese ⁽⁷⁷⁾, e dall'altro sottovaluta il carattere di flessibilità e di aderenza al caso concreto dell'intervento del giudice. Si pensi, ad esempio, all'art. 5 del modulo della fideiussione *omnibus*, che prevede la deroga all'art. 1956 cod. civ. Qualunque legge disciplini analiticamente le condizioni generali oppure qualunque forma di controllo amministrativo vieterebbe una siffatta clausola. Ma una tale soluzione sarebbe eccessiva rispetto alle esigenze espresse dalla realtà: basta citare l'ipotesi, tutt'altro che rara, di fideiussione a favore di società, alla quale il fideiussore è interessato direttamente. In questa ipotesi non c'è alcun motivo per disporre l'invalidità della clausola, essendo il fideiussore di certo a conoscenza della situazione economica dell'impresa e delle richieste di credito rivolte alla banca.

Quanto all'ultima obiezione, è esatta la constatazione che i nostri giudici applicano i principi di buona fede e di ordine pubblico con poca frequenza e ancora con palese diffidenza ⁽⁷⁸⁾. Lasciando da parte le ragioni storiche e ideologiche che sono alla base di tale atteggiamento, va sottolineato che anche la dottrina non ha contribuito ad agevolare il compito della giurisprudenza. Pur avendo dedicato, nei tempi recenti, al tema delle clausole generali pagine meditate e ricche di spunti, non si è soffermata, come forse avrebbe dovuto, ad elaborare « progetti di sentenze », quando ha ricorso ad esse per risolvere casi concreti. Infatti, solo se si indicano al giudice argomenti di motivazione, si può fare opera di convincimento non disgiunta da una penetrante verifica critica delle sue decisioni.

È naturale che in questa sede l'attenzione sia rivolta alle clausole di esonero da responsabilità contenute nelle norme uniformi. Come è noto, il problema è se esse debbano essere

(77) G. DE NOVA, *op. loc. cit.*

(78) Sul tema delle clausole generali v. BENATTI, *op. cit.*, p. 122 ss.

ammesse nei limiti dell'art. 1229 cod. civ. oppure se debbano essere ritenute invalide anche in presenza di colpa della banca, data la loro manifesta pericolosità sociale, in conformità ad un orientamento ormai affermatosi in molti ordinamenti ⁽⁷⁹⁾. Va premesso che una siffatta indagine non appare necessaria con riguardo alle clausole di esonero inserite nei contratti stipulati tra la banca e le grandi imprese, non tanto perchè « ogni gruppo ha la sua banca, ogni gruppo ha la sua finanza » ⁽⁸⁰⁾, quanto perchè si tratta di soggetti con uguale potere economico ⁽⁸¹⁾. Viceversa diventa di estremo interesse in relazione a tutte le altre categorie di utenti del servizio bancario.

La regola per cui il debitore inadempiente è obbligato al risarcimento del danno può essere modificata se i contraenti sono in posizione di parità economica, essendo arbitri di decidere come meglio regolare i propri interessi. Un soggetto può consapevolmente accettare una clausola di esonero, quando valuta liberamente i rischi cui va incontro, rischi che possono essere compensati dai vantaggi che intende conseguire con il contratto. In questa ipotesi non vi è ragione di vietare una simile clausola, sia perchè si tratta di casi isolati che non alterano l'equilibrio del sistema, sia perchè la modificazione della regola della responsabilità del debitore si giustifica con la libera e spontanea adesione del creditore ⁽⁸²⁾.

Ma quando la clausola di esonero è inserita nelle condizioni generali predisposte dalla grande impresa e quindi viene im-

⁽⁷⁹⁾ Cfr. anche l'art. 8 del progetto di « Convenzione sulla responsabilità del produttore » elaborato dal Consiglio di Europa e l'art. 13 del progetto di direttiva della Comunità Europea sulla disciplina della responsabilità del produttore, sui quali ALFA e BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milano 1976, p. 205 ss. e ALFA, *Programmi e progetti del Consiglio d'Europa della Comunità economica europea sulla disciplina dei contratti standard*, in *Foro it.* 1977, V, 73 ss.

⁽⁸⁰⁾ M. NIGRO, *Il sistema bancario fra neutralità tecnica ed impegno politico*, in *Banca borsa tit. cred.* 1974, I, 389.

⁽⁸¹⁾ CAPACCIOLI, *Programmazione ed autonomia negoziale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1965, 665 s.

⁽⁸²⁾ BENATTI, *op. cit.*, p. 165 s.

posta a tutti gli utenti, si sovverte il regime legale della responsabilità: si tratta di un tipico fenomeno di normazione di gruppi economici, che crea un diritto singolare, diverso da quello statutale, a loro esclusivo vantaggio e a sfavore della collettività⁽⁸³⁾. Le conseguenze pratiche sono gravi e non possono non preoccupare: esse possono essere tollerate solo se il potere delle imprese di riversare sui consumatori una parte dei danni causati è obiettivamente giustificato⁽⁸⁴⁾. La clausola di esonero inserita in un contratto individuale trova la sua giustificazione, come si è visto, nella libera accettazione del creditore; quando la clausola diventa una regola costante della disciplina dei rapporti privati, è necessario accertare se essa corrisponda a particolari interessi della società moderna, che possono essere soddisfatti soltanto con il sacrificio di una classe a favore di un'altra.

Orbene, una volta dimostrato che la prassi di predisporre norme vessatorie da parte della banca non può trovare fondamento nell'esigenza di tutela dei risparmiatori, determinando viceversa gravi pregiudizi a carico di categorie protette (cioè quelle produttive), diventa agevole concludere che deve essere vietato all'istituto di credito di addossare sui clienti i danni da esso causati nella sua attività negoziale. Infatti, va sottolineato che il risparmio è tutelato non solo per realizzare gli interessi individuali ed egoistici dei soggetti-risparmiatori, ma anche per

(83) Significative sono le parole di Ripert riportate da G. DOSSETTI, *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, in *Justitia* 1952, 247 s.: « Il capitalismo si è detto liberale perché è nato sotto il segno della libertà e perché giudica utile viverci. Ma se esso avesse dovuto accontentarsi del diritto comune, non avrebbe potuto svilupparsi. Se il legislatore non gli avesse dato o permesso di prendersi mezzi propri alla concentrazione e allo sfruttamento dei capitali, non avrebbe potuto svilupparsi. Il diritto comune non gli bastava, perciò esso ha creato il suo diritto ».

(84) Non si può giustificare l'inserzione delle clausole di esonero nel contenuto del contratto sulla base del rilievo che esse produrrebbero una diminuzione del prezzo del bene e del servizio a beneficio degli acquirenti e utenti: cfr. KLIEGE, *Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im wirtschaftswissenschaftlichen Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklauseln*, Göttingen 1966, p. 51 ss.; BENATTI, *op. cit.*, p. 140 ss.; ROPPO, *op. cit.*, p. 65 ss.



la sua funzione sociale, essendo destinato — tramite la banca — alle classi produttive, che sono un fattore essenziale dello sviluppo economico della società, in quanto favoriscono l'occupazione, aumentano il tenore di vita e il benessere dei lavoratori, in definitiva contribuiscono alla formazione della ricchezza nazionale. Di conseguenza corrisponde ad un criterio di razionalità ed economicità che tali categorie sopportino i danni tipicamente connessi con la natura dell'attività esercitata e non debbano subire l'onere di ulteriori danni imprevedibili e non calcolabili imputabili al comportamento negligente della banca, i quali provocherebbero squilibri nella gestione delle loro imprese caratterizzate da una struttura organizzativa e finanziaria non certo pari a quella della banca.

Ma l'interesse della collettività alla repressione delle clausole di esonero, inserite dalla banca nei moduli di contratto, non sembra facilmente realizzabile, dato che la disciplina della responsabilità ha carattere dispositivo (arg. ex art. 1229, comma 1°) e pertanto sarebbe derogabile dai privati senza alcuna eccezione. Il rilievo, che muove dall'affermazione corrente della illimitata derogabilità delle norme dispositive, non è insuperabile, come risulta da un approfondito esame della loro natura.

Al riguardo va osservato che questa categoria di norme non è omogenea, ma al suo interno si distinguono, quanto meno, due gruppi. Un primo gruppo comprende le regole che la legge desume dagli usi o dalla prassi negoziale in un dato momento storico: queste possono essere sempre modificate convenzionalmente, quando i privati non le ritengano più convenienti nella regolamentazione dei loro rapporti ⁽⁸⁵⁾. Un secondo gruppo riunisce, invece, le norme dettate per motivi economico-sociali, le quali non si fondano su ragioni di opportunità, su una presunta volontà delle parti o su una costante pratica negozia-

(85) E. Russo, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., p. 236.

le, bensì tendono a realizzare una giustizia sostanziale nelle relazioni interindividuali ⁽⁸⁶⁾. Si tratta di disposizioni che assolvono ad una funzione di ordine e di direzione ⁽⁸⁷⁾, essendo state poste per ragioni di utilità generale, e quindi possono essere modificate solo in presenza di adeguate garanzie. Per stabilire poi a quale gruppo appartenga una norma, occorre prendere in considerazione la sua *ratio* e inoltre bisogna riferirsi alle indicazioni tratte dall'ordinamento, le quali possono costituire una misura di valutazione della posizione che la norma occupa nel sistema e in conseguenza determinare i limiti e le circostanze in cui può essere modificata ⁽⁸⁸⁾.

Sulla base delle precedenti osservazioni diventa facile circoscrivere l'ambito entro il quale si può derogare l'art. 1218 cod. civ. Riferito ad una grande impresa quale è la banca, esso soddisfa un interesse fondamentale della società, in quan-

(86) Cfr. FILOMUSI GUELF, voce « Successione », in *Dig. it.*, XXII, 3, Milano-Roma 1889-1897, p. XXIV; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*¹⁷, Padova 1970, p. 32; DI MAJO GIAQUINTO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., p. 72 ss. Identica opinione è accolta dalla dottrina tedesca: v. NIPPERDEY, in ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*¹⁵, 1, 2, Tübingen 1960, p. 1010 s.; SCHLEGELBERGER-HEFERMEHL, *Handelsgesetzbuch*⁴, III, Berlin-Frankfurt a.M. 1965, p. 1568; SCHMIDT-SALZER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen*, Berlin 1967, p. 122.

(87) Questa funzione del diritto dispositivo è stata messa bene in luce dalla giurisprudenza tedesca e ad essa si ispira il § 9, comma 2°, n. 1, della legge sulle condizioni generali di contratto della Repubblica federale tedesca (*AGB-Gesetz*), approvata il 9 dicembre 1976 ed entrata in vigore il 1° aprile 1977: LÖWE-GRAF VON WESTPHALEN-TRINKNER, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Heidelberg 1977, p. 159 ss.; BRANDNER, in ULMER-BRANDNER-HENSEN, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Köln 1977, p. 168 s.; GRABA, in SCHLOSSER-COESTER WALTJEN-GRABA, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bielefeld 1977, p. 215 ss. Per una prima informazione su questa importante legge v. BONELL, *Prime osservazioni in ordine alla recente legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Giur. comm.* 1977, I, 478 ss.; G. DE NOVA, *La legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.* 1978, I, 107 ss.; V. FRANCESCHELLI - M. LEHMANN, *La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Foro it.* 1978, V, 35 ss.

(88) BENATTI, *op. cit.*, p. 169,

to, da un lato, ripartisce equamente, tra le classi, gli oneri e i costi della loro attività e, dall'altro, pone il danno a carico di chi è più in grado di sopportarlo, sicchè rappresenta uno dei cardini del sistema vigente. Ne consegue che il comportamento della banca volto ad esonerarsi da responsabilità in *tutta la serie* di contratti da esse stipulati contrasta con un principio essenziale dell'ordinamento, violando così l'ordine pubblico ⁽⁸⁹⁾.

(⁸⁹) Si tratta di un approfondimento del concetto di ordine pubblico compiuto dalla dottrina tedesca (SIMTIS, *Gute Sitten und ordre public*, Marburg 1960, p. 177) ed accolto da alcuni nostri scrittori: P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 233; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1970, p. 328 s. In posizione critica è invece, A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova 1974, p. 740, il quale avverte che questa proposta « comporterebbe una 'distorzione' della nozione e della funzione che la tradizione ha attribuito al diritto dispositivo, trasformando quest'ultimo in diritto inderogabile ». È evidente che tale rilievo non può riguardare i contratti individuali, rispetto ai quali resta immutato il potere dei soggetti di modificare le norme dispositive. Ma non coglie nel segno nemmeno in relazione ai contratti stipulati in presenza di condizioni generali. Infatti in questa ipotesi la clausola convenzionale derogatrice sottrae una serie *indefinita* di rapporti alla disciplina della legge scritta, la quale viene cancellata di fatto dalla regola privata unilateralmente imposta; operazione questa che non può essere consentita nei casi in cui il diritto dispositivo ha una « Richtlinien - und Leitbildfunktion » (BRANDNER, *op. cit.*, p. 168).

Per maggiore completezza del discorso svolto nel testo si rende opportuno illustrare le ragioni che hanno sconsigliato di riproporre il ragionamento della giurisprudenza tedesca, che fa ricorso al criterio della buona fede per giustificare la nullità delle condizioni generali (orientamento accolto, come è noto, dall'art. 9 *AGB-Gesetz*). Bisogna considerare che il BGB non prevede la clausola dell'ordine pubblico e di conseguenza gli scrittori utilizzano la buona fede o il buon costume per motivare la nullità di convenzioni che da noi, viceversa, si argomenta con il richiamo all'ordine pubblico. Ciò comporta che nel nostro ordinamento la buona fede e il buon costume hanno un significato diverso da quello che assumono in Germania e pertanto, per valutare se i patti di irresponsabilità siano in contrasto con il principio di buona fede, occorre accertare, in via preliminare, la funzione esercitata da tale principio nel nostro sistema.

Orbene, quando la giurisprudenza si serve della buona fede per controllare l'equità delle clausole negoziali o per giudicare il comportamento delle parti nella formazione ed esecuzione del contratto oppure la considera fonte di obblighi strumentali, integrativi o di protezione, essa muove dal singolo contratto al fine di realizzare l'equilibrio tra le parti e armonizzare i loro interessi. In altri termini i giudici argomentano dagli artt. 1175, 1366 e 1375 per attuare una più giusta di-

Tale conclusione trova una significativa conferma in un preciso testo di legge, l'art. 1838, ult. comma, cod. civ. Nel l'unico caso in cui il legislatore ha disciplinato le clausole di esonero da responsabilità poste dalla banca a carico dei clienti, non ha ripetuto la regola dell'art. 1229, comma 1°, ma ha statuito la nullità di dette clausole anche nell'ipotesi di inosservanza dell'ordinaria diligenza. Il particolare rigore della norma viene giustificato dalla relazione (n. 739) con l'esigenza di tutela della « massa dei depositanti »⁽⁹⁰⁾, quindi con la considerazione che il principio della invalidità dei patti di esonero solo nel caso di dolo e di colpa grave appare insufficiente a proteggere i creditori, quando sono imposti da un contraente forte. Da ciò discende che l'art. 1838, ult. comma, non ha carattere eccezionale, come da taluno è stato affrettatamente notato, ma esprime un contenuto di giustizia che è chiara manifestazione di una tendenza dell'ordinamento.

8. Come si è rilevato nelle pagine precedenti, la banca riversa il rischio di ogni operazione economica sui clienti mediante l'inserzione nei formulari da essa predisposti non solo di clausole di esonero da responsabilità, ma anche di clausole di li-

stribuzione dei vantaggi e dei rischi quale è richiesta, a stregua di buona fede, dal singolo regolamento negoziale. È lontana l'idea che quel regolamento si inserisca in una più complessa operazione economica, che coinvolge la politica delle imprese, incidendo sulla collettività. Se questo è vero, diventa chiara la ragione per cui non si può ricorrere alla buona fede per valutare l'iniquità delle condizioni generali vessatorie. Tale indagine prescinde dall'esame comparativo degli interessi contrapposti dei contraenti e dall'altro quelle del gruppo o della categoria dei soggetti con cui essi vengono in contatto allo scopo di impedire il rafforzarsi e il consolidarsi delle posizioni di potere economico con effetti dannosi nei rapporti sociali. Un simile accertamento non può essere compiuto sulla base della funzione che la nostra giurisprudenza ha assegnato alla buona fede e sembra piuttosto richiamare i principi dell'ordine pubblico, i valori espressi dalla Costituzione oppure richiedere l'operatività dei diritti fondamentali nel campo privatistico (c.d. *Drittwirkung*). Su tutti questi problemi v. BENATTI, *op. cit.*, p. 147 ss.

⁽⁹⁰⁾ Questo rilievo non è stato tenuto presente da TAVORMINA, *Realizzazione coattiva del pegno e norme bancarie uniformi*, in *Riv. dir. comm.* 1975, I, 185 s., il quale dimentica che la banca adotta solo schemi di contratto standardizzati.

mitazione del contenuto del contratto. La ragione di questa prassi va ricercata nel fatto che pure la seconda categoria di clausole consente di raggiungere il medesimo risultato delle prime ⁽⁹¹⁾. Si consideri, ad esempio, l'art. 2 delle norme uniformi per il servizio incasso di effetti e documenti, che esclude l'obbligo della banca cessionaria di accertare l'esatto indirizzo del trattario o il domicilio presso il quale deve essere effettuata la presentazione della carta commerciale: ebbene tale norma non differisce, quanto alle conseguenze pratiche, da quella formulata in chiave di esclusione della responsabilità della banca per mancato accertamento dell'indirizzo del trattario.

Secondo l'opinione prevalente le clausole che limitano il contenuto del contratto non hanno natura vessatoria ⁽⁹²⁾ e quindi non sono soggette alla specifica approvazione per iscritto ai sensi dell'art. 1341, comma 2°, nè pongono il problema di un loro controllo da parte del giudice. « È chiaro, infatti, che una cosa è la stipulazione di un contratto... non comprenda date prestazioni, o ne limiti qualitativamente o quantitativamente l'ambito, in modo da assegnare alle obbligazioni reciprocamente assunte l'esatta estensione voluta dalle parti; altra cosa, l'inserzione di una clausola che elimini o riduca la responsabilità di una delle parti nell'adempimento, o in conseguenza dell'inadempimento, delle obbligazioni che nel contratto sono ricomprese, per volontà dei contraenti o per disposto di legge. Nel primo caso viene in questione il contenuto del negozio, che, di

⁽⁹¹⁾ Un accenno in SACCOMANI, *Orientamenti della giurisprudenza e tendenze dottrinali in tema di clausole di esonero da responsabilità*, in *Giur. mer.* 1976, IV, 297.

⁽⁹²⁾ In dottrina v. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*², Roma 1915, p. 641 s. La giurisprudenza ha esaminato il problema con riguardo alle clausole di determinazione del rischio assicurato: cfr. Cass. 3 ottobre 1967, n. 2254, in *Giur. it.* 1967, I, 1, 1248; Cass. 3 aprile 1968, n. 2823, *ibid.* 1969, I, 1, 497; Cass. 16 maggio 1975, n. 1910, in *Giust. civ.* 1975, I, 1710 (per una valutazione di questa giurisprudenza v. SACCOMANI, *In margine alla validità di clausole di delimitazione del rischio contenuto nei formulari delle polizze assicurative*, in *Giur. mer.* 1976, I, 256 ss.).

regola, le parti sono libere di determinare, allargandone o restringendone la portata rispetto allo schema legale tipico; nel secondo, invece, la sua esecuzione, o le conseguenze della sua eventuale inesecuzione, che possono essere oggetto di limitazione convenzionale, ma non fino al punto di ridurre o escludere la responsabilità di una delle parti anche in caso di dolo o colpa grave, perchè ciò inciderebbe sulla stessa serietà del vincolo, alterandone l'equilibrio in maniera così grave da non essere consentita dalla legge » (93).

Questa opinione non può essere condivisa. Essa giustifica il carattere non oneroso delle clausole di limitazione dell'oggetto del contratto sulla base del principio dell'autonomia privata, ricorrendo allo stesso argomento che nei tempi passati era invocato a favore della liceità delle clausole di esonero (94). Ma siffatto argomento — se non è stato sufficiente per la completa affermazione della regola della validità delle clausole di esonero — nemmeno può valere per impedire ogni forma di controllo di quelle di limitazione dell'oggetto. Insieme ai patti che fissano cifre irrisorie a titolo di risarcimento o contemplano inversioni dell'onere della prova, quelli di limitazione dell'oggetto costituiscono un espediente usato dalle imprese per mascherare l'esclusione della responsabilità per inadempimento e così addossare determinati rischi connessi all'esecuzione del contratto sulla massa degli utenti. Pertanto, le clausole in questione non possono essere ritenute lecite in assoluto, ma anche rispetto ad esse deve essere accertato caso per caso se rappresentano un abuso della libertà negoziale e perciò debbano essere vietate.

Tale indagine è assai delicata. Di fronte ad una clausola che incide sul contenuto del contratto, va affrontato, in primo luogo, il problema della qualificazione del contratto in cui è inserita, in quanto il suo significato dipende dall'esito della tipiz-

(93) Cass. 29 marzo 1976, n. 1129, cit., in *Banca borsa tit. cred.* 1976, II, 178 s.; Cass. 5 febbraio 1971, n. 280, in *Giur. it.* 1971, I, 1, 671.

(94) RIPERT, *Droit maritime*, II, Paris 1952, n. 1737, p. 615.

zazione ⁽⁹⁵⁾. Questo esame non è necessario in materia di contratti bancari, poichè essi sono per lo più privi di disciplina legale, e anche quando sono regolati positivamente, si tratta di una normativa così striminzita da lasciare ampio margine all'autonomia privata ⁽⁹⁶⁾. Si può passare, dunque, alla seconda fase dell'inadeguatezza, che riguarda l'indicazione del criterio in base al quale si deve valutare la liceità della clausola di limitazione dell'oggetto. Questo criterio non può che essere formulato in termini generali ed è individuato esattamente dal § 9, comma 2°, n. 2, della recente legge tedesca sulle condizioni generali di contratto, secondo cui si devono considerare inique le clausole che limitano essenziali diritti e obblighi derivanti dalla natura del contratto, così da compromettere la realizzazione del suo scopo tipico ⁽⁹⁷⁾.

A titolo esemplificativo applichiamo questa regola nell'analisi di due norme uniformi. La prima è l'art. 8, comma 1°, del modulo per i depositi a custodia chiusi, che limita l'oggetto dell'obbligazione di custodia della cosa depositata alla sola integrità esterna del plico, escludendolo con riguardo alla conservazione del contenuto. Esso appare coerente con la funzione economico-sociale del contratto in questione (cfr. anche gli artt. 1, comma 1°, e 3) e pertanto deve essere considerato valido.

La seconda norma presa in esame è l'art. 5 del regolamento della fideiussione *omnibus*, che impone al fideiussore « di tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore, e, in particolare, di informarsi presso lo stesso dello svolgimento dei suoi rapporti con l'azienda di credito, la quale è dispensata

⁽⁹⁵⁾ Su questo problema v. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova 1974, *passim* (spec. p. 29 ss.) e SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino 1975, p. 302 ss.

⁽⁹⁶⁾ D'altra parte la disciplina legislativa dei contratti bancari è stata mutuata dalla pratica (MACCARONE, *op. cit.*, p. 196; PAVONE LA ROSA, *Gli usi bancari*, in *Banca borsa tit. cred.* 1977, I, 2 s.).

⁽⁹⁷⁾ Su questa norma v. LÖWE-GRAF VON WESTPHALEN, *op. cit.*, p. 162 ss. e GRABA, *op. cit.*, p. 221 ss.

dal chiedere al fideiussore la speciale autorizzazione prevista dall'art. 1956 cod. civ. per far credito al debitore ». Siffatta disposizione pregiudica non poco il fideiussore, addossandogli il difficile e gravoso onere di accertare continuamente la situazione patrimoniale del soggetto garantito, e contrasta, inoltre, con il criterio di una corretta gestione dell'attività creditizia, consentendo alla banca di concedere fidi con leggerezza. Per questi motivi l'art. 5 non può essere ritenuto una norma lecita ⁽⁹⁸⁾, tranne nel caso accennato prima, cioè di fideiussione concessa a favore di società cui il fideiussore è interessato direttamente.

⁽⁹⁸⁾ Una diversa valutazione in P. RESCIGNO, *op. cit.*, in *Banca borsa tit. cred.* 1972, II, 30 s.; cfr. anche la giurisprudenza citata nella nota 22.