

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 237-2006/C

Codice del consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 13 maggio 2006

1. Premessa.

L'art. 25 della legge 6 febbraio 1996 n. 52 (legge comunitaria per il 1994), in attuazione della direttiva CEE n. 93/13/1993, ha introdotto, come è noto, nel codice civile, a chiusura del titolo II dedicato ai contratti in generale, gli articoli 1469-*bis*/1469-*sexies*, sotto il capo "Dei contratti del consumatore".

Ratio dell'intervento comunitario era quello di salvaguardare un interesse particolare (tutela della persona fisica consumatore), nell'ambito della salvaguardia di un interesse generale (tutela della lealtà e della razionalità del mercato).

In realtà, già in precedenza da più parti era stato sollevato il problema di sopprimere al deficit di tutela del contraente debole nella contrattazione standardizzata, realizzata attraverso la predisposizione delle clausole contrattuali da parte di uno dei contraenti. ⁽¹⁾

La dottrina meno recente aveva qualificato l'ipotesi nella quale l'elaborazione di clausole (destinate ad essere inserite in contratto) costituisce l'opera di uno solo dei contraenti con la nozione di "contratto per adesione", evidenziando in particolar modo che la predisposizione unilaterale di alcune clausole contrattuali finiva per costituire il frutto dell'imposizione di un contraente rispetto all'altro ⁽²⁾.

Aderendo, invece, alla locuzione tratta dalla pratica e adottata dalla codificazione, altri autori, più recentemente, hanno qualificato l'ipotesi in oggetto sotto la dicitura "condizioni generali di contratto", nel tentativo di fornire una denominazione più comprensiva che tenesse conto della natura giuridica del comportamento delle due parti. ⁽³⁾

In particolare si è voluto chiarire che il comportamento del contraente debole

(che aderisce al contratto contenente clausole predisposte), più che costituire una vera e propria adesione al contratto, va letto come una accettazione delle clausole predisposte, che avrebbe dovuto comunque conoscere, assumendo pertanto il valore di una dichiarazione tipizzata, meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico ⁽⁴⁾.

Il codice civile del 1942, primo fra i codici civili moderni, regola l'ipotesi dell'adesione di una delle parti al testo contrattuale predisposto dall'altro, per la conclusione (nell'ottica del contraente forte) di più contratti, o meglio di una serie indefinita di contratti, per disciplinare in modo uniforme determinati rapporti negoziali ⁽⁵⁾.

Gli articoli 1341 - 1342 c.c. disciplinano la fattispecie in esame; tale disciplina ha costituito l'unica fonte di regolamentazione fino all'introduzione degli art. 1469-bis/1469-sexies nel codice civile.

Non è evidentemente questa la sede per occuparsi in materia compiuta della notevole serie di problemi che sono stati esaminati dalla dottrina con riferimento alle disposizioni citate.

Occorre qui ricordare, però, che da tempo il criterio formale previsto dall'art. 1341, II co., in forza del quale non hanno effetto le condizioni contrattuali che stabiliscono a favore del predisponente una serie di clausole di natura vessatoria, se tali clausole non sono state specificatamente approvate per iscritto, era stato ritenuto non sufficiente a garantire una adeguata tutela del contraente debole) ⁽⁶⁾.

Di particolare rilievo per l'attività notarile è, invece, la *vexata quaestio* se la disposizione dell'art. 1341, II co., c.c. possa trovare applicazione nell'ipotesi di atto pubblico.

Sul punto, pertanto, occorre muovere alcune brevi considerazioni.

2. Applicabilità dell'art. 1341, II co., c.c. all'atto pubblico notarile.

Il problema, in sé non nuovo, continua però ad interessare la giurisprudenza di legittimità e propone, peraltro, alcune riflessioni di collegamento con l'oggetto del presente studio.

La giurisprudenza della Cassazione ha di recente riesaminato la questione, ribadendo, nel solco del suo orientamento più consolidato, che le clausole inserite in un contratto stipulato per atto pubblico o in forma pubblica amministrativa, ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi predisposte unilateralmente ai sensi dell'art. 1341 c.c. e pertanto, se pur vessatorie, non richiedono approvazione specifica per iscritto, in quanto la particolare forma contrattuale, rivestita dall'accordo negoziale, esclude la necessità di siffatta approvazione ⁽⁷⁾.

Tale orientamento, come detto, si inserisce nel solco di altre decisioni prece-

denti dello stesso tenore ⁽⁸⁾.

La ratio di tali decisioni va ricercata nella funzione di garanzia, per il contraente debole, che sarebbe svolta dalla particolare forma prescelta per la redazione del contratto.

In altri termini, l'intervenuto del Notaio già per ipotesi garantirebbe la circostanza che il testo contrattuale sia comunque espressione della comune volontà di entrambe le parti; la predisposizione del contratto in via unilaterale, cioè, sarebbe esclusa dalla forma pubblica dell'atto che presuppone una provenienza negoziale bilaterale. ⁽⁹⁾

La questione, come è evidente, non assume una rilevanza meramente formale (o formalistica).

Non vi è dubbio alcuno, infatti, che una doppia sottoscrizione non possa trovare applicazione nell'ambito del contratto pubblico notarile.

In tal senso dispone la chiara lettera dell'art. 51 della legge notarile, che al n. 10 prevede una unica sottoscrizione ⁽¹⁰⁾.

Si tratta piuttosto di verificare quali conseguenze sostanziali possa comportare l'applicazione del principio espresso della giurisprudenza.

In primo luogo, limitando la presente indagine ai contratti di mutuo bancario, va evidenziato che molti di questi contratti prevedono comunque negli atti pubblici notarili di finanziamento l'approvazione specifica di clausole sia del contratto sia del capitolato allegato, ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., attraverso la predisposizione di un autonomo articolo nel corpo del testo contrattuale ⁽¹¹⁾.

Orbene tale approvazione specifica di clausole, aderendo all'orientamento decisamente dominante in giurisprudenza, non dovrebbe trovare spazio nei testi bancari, considerato, per l'appunto, che la forma pubblica notarile esclude l'applicabilità dell'art. 1341 c.c..

Sul punto deve operarsi una distinzione, tra approvazione di clausole contenute nel testo contrattuale ed approvazione di clausole contenute, invece, nei capitoli allegati, in quanto la forma dell'atto pubblico renderebbe superflua tale approvazione per le prime e non già per le seconde, ove si accolga la tesi per la quale la natura pubblica dell'atto non si estende anche agli allegati, costituendo questi ultimi un documento integrativo, ma distinto dall'atto notarile ⁽¹²⁾.

Permane, quindi, frequentemente nella prassi bancaria una prudenza nell'escludere l'applicabilità dell'art. 1341, II co., per l'atto pubblico notarile, pur in presenza di un chiaro orientamento giurisprudenziale.

Anche la dottrina in ambito notarile che si è cimentata con il problema in esame, ha espresso notevoli perplessità sull'inapplicabilità del principio dell'art. 1341, II co., all'atto pubblico notarile.

Un primo studio sull'argomento, basato su una sentenza della Cassazione ⁽¹³⁾, già sollevava il problema dell'effettiva rilevanza dell'attività notarile in determinate ipotesi, nelle quali l'intervento del Notaio viene di fatto limitato, circoscritto o del tutto escluso, essendo rilevante principalmente (se non esclusivamente) ai fini di conferire pubblica fede ad atti già redatti da uffici legali di istituti bancari od enti ⁽¹⁴⁾.

In tali ipotesi, si concludeva, occorre comunque la specifica approvazione delle clausole onerose da parte del contraente debole, pur in presenza dell'atto pubblico ⁽¹⁵⁾.

Tale orientamento è stato successivamente ripreso e sviluppato da altra dottrina.

Si è così sostenuto che alla lettura dell'atto pubblico non può attribuirsi il risultato miracoloso di attenuare la pericolosità insita nelle condizioni generali di contratto, in quanto è solo attraverso un apporto alla conclusione del contratto di entrambi i contraenti (nelle rispettive misure) che può raggiungersi quale determinato risultato ⁽¹⁶⁾.

Alla norma contenuta nell'art. 1341 c.c., quindi, si è voluta attribuire una rilevanza sostanziale e non meramente formale, nel senso che la "specifica approvazione" va intesa come una ponderata valutazione delle clausole, che non può dirsi surrogata dalla struttura dell'atto pubblico ⁽¹⁷⁾.

Con specifico riferimento alla lettura notarile dell'atto, si è poi aggiunto che la stessa riguarda una fase successiva rispetto alla determinazione del contenuto del contratto, finalizzata a consentire alle parti di controllare la rispondenza tra la volontà manifestata al Notaio ed il testo che viene effettivamente letto ⁽¹⁸⁾.

Questo orientamento dottrinario in ambito notarile, però, come detto, non trova riscontro nell'orientamento giurisprudenziale dominante.

Alcune pronunce giurisprudenziali paiono avvalorare la ricostruzione dottrina rapidamente ricordata, ma trattasi comunque di sentenze isolate e, peraltro, non sempre esattamente riconducibili all'ipotesi in oggetto. ⁽¹⁹⁾

Trattasi quindi di problema antico, ma ancora non compiutamente risolto.

Non vi è dubbio, peraltro, che la riflessione sul ruolo del Notaio nell'ambito della contrattazione standardizzata, sulla sua possibilità di incidere in senso garantistico a favore del contraente debole (o consumatore) nell'ipotesi di predisposizione unilaterale del testo contrattuale ed in presenza di clausole vessatorie, debba oggi riprendere vigore a seguito della emanazione del Codice del consumo, come si tenterà di dimostrare nel corso del presente studio.

3. Problema del coordinamento tra l'art. 1341 c.c. e gli artt. 33-38 del Codice del consumo (già artt. 1469-*bis* - 1469-*sexies* c.c.).

A seguito dell'entrata in vigore della legge 6 febbraio 1996 n. 52, si è posto il problema di verificare se le nuove norme introdotte nel corpo del codice civile (artt. 1469-*bis*/1469-*sexies*) sostituissero la precedente disciplina normativa in materia di condizioni generali di contratto.

Sul punto va senza dubbio confermata la natura integrativa e non sostitutiva della novella del 1996.

In primis non può non rilevarsi che la normativa del 1996 (abrogata, ma ripresa quasi totalmente nel Codice del consumo del 2005) sembra attribuire una tutela più sostanziale nei confronti del consumatore.

Ed infatti mentre gli artt. 1341-1342 c.c. assumono una diretta rilevanza formale con riguardo alle clausole (approvazione specifica per iscritto), limitandosi a richiedere una conoscenza delle stesse, gli artt. 1469-*bis* ss c.c. (e quindi oggi il Codice del consumo) impongono quale criterio, al fine di escludere la vessatorietà della clausola, non solo quella della conoscenza o conoscibilità, bensì quello della trattativa intercorsa tra professionista e consumatore, nel senso della effettiva incidenza da parte del contraente debole sui meccanismi di predisposizione del contratto ⁽²⁰⁾.

In secondo luogo il coordinamento tra le due normative deve essere inteso nel senso che gli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c. continuano ad applicarsi, in quanto compatibili con il Codice del consumo, pur dovendosi rilevare che la quasi totalità delle clausole considerate vessatorie *ex art.* 1341, *Il co.*, c.c. sono inserite nell'elenco contenuto nella nuova disciplina ⁽²¹⁾.

Nelle ipotesi, però, nelle quali non vi sia coincidenza tra l'elenco dell'art. 1341, *Il co.*, c.c. e quello contenuto nel Codice del consumo, va ritenuto (in un contratto predisposto dal contraente forte) che la negoziazione (o trattativa) non escluda di per sé l'applicabilità dell'art. 1341, così come, all'opposto, l'approvazione per iscritto in assenza di trattativa non escluda l'invalidità della clausola. ⁽²²⁾

Secondo alcuni autori sarebbe stata preferibile l'introduzione di una norma, con la novella del 1996, che avesse escluso l'applicabilità dell'art. 1341, *Il co.*, c.c. nel caso di contratti stipulati dal consumatore, dovendosi ritenere che la presenza di un controllo sul contenuto renda del tutto superfluo un controllo sulla espressa sottoscrizione (peraltro da molti ritenuto già inadeguato ad assicurare le note esigenze di tutela del contraente debole) ⁽²³⁾.

4. I concetti base del Codice del consumo, con specifico riferimento ai con-

tratti di mutuo bancario.

Le finalità che hanno originato la emanazione del Codice del consumo (Decreto Legislativo 6 settembre 2005 n. 206) possono essere individuate nella volontà di garantire una maggiore trasparenza nelle contrattazioni tra consumatore (contraente debole) e professionista (impresa - contraente forte), finalità già da tempo ritenuta prioritaria nei sistemi di common law e recepita in Italia attraverso numerosi provvedimenti legislativi a seguito di direttive dell'Unione Europea (vendita a distanza, multiproprietà, trasparenza bancaria) ⁽²⁴⁾.

La circostanza, poi, che la sede scelta dal legislatore sia quella di un apposito Codice e non, invece, quella della modifica delle norme del codice civile, conferma l'attuale tendenza all'emanazione di provvedimenti legislativi unitari e complessi destinati a regolare intere materie. ⁽²⁵⁾

Accanto all'esigenza di trasparenza su ricordata, va evidenziato l'ulteriore necessità (che il Codice si prefigge di assecondare) di riequilibrare l'asimmetria che può essere insita in determinati schemi ed ipotesi negoziali, al fine di perseguire una eguaglianza sostanziale; tale riequilibrio (sempre secondo la relazione al Codice del consumo) trova la sua massima esplicazione nella "nullità di protezione", rilevabile anche d'ufficio, ma posta solo a vantaggio del contraente debole.

Il Codice negli articoli 33-38 regola la materia "dei contratti del consumatore in generale" e riproduce in larga misura, come detto, gli artt. 1469-*bis*/1469*sexies* c.c. (oggi abrogati).

E' opportuno, a fini di una ricostruzione esegetica delle ipotesi concrete che possono essere ricomprese in questa disciplina, chiarire sinteticamente i concetti base riproposti dal Codice del consumo:

consumatore, professionista, clausole vessatorie e significativo squilibrio, trattativa, nullità di protezione.

Gli ultimi due principi meritano un approfondimento specifico, che verrà svolto in seguito, mentre in ordine ai primi quattro, prendendo spunto dalle definizioni che sono state formulate già con riguardo alla Legge n. 52 del 1996, può osservarsi quanto segue.

A) Consumatore.

Requisito primo della nozione di consumatore è la estraneità degli scopi perseguiti con quel determinato contratto rispetto ad una attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta.

Deve quindi trattarsi di una persona fisica, che agisce per soddisfare esigenze extra-professionali (art. 3, lett. a, del Codice del consumo).

Tale verifica ha evidentemente natura obiettiva, non potendosi basare su una indagine psicologica del contraente e dovendo invece vertere sulla causa del contratto, sul suo contenuto, sul tempo e sul luogo della stipulazione, sul comportamento delle parti ⁽²⁶⁾.

In questo senso una diversa dichiarazione del contraente, nel senso di attestare la non ricorrenza della qualità di consumatore, non può di per sè ritenersi sufficiente, specie in presenza di evidenti circostanze di fatto che depongano in senso contrario ⁽²⁷⁾.

Sulla circostanza che il consumatore debba essere necessariamente una persona fisica è stata posta questione di legittimità costituzionale (con riferimento agli artt. 3, 35 e 41 Cost.), con riferimento all'art. 1469-*bis* c.c., nella parte in cui non comprende nella categoria di consumatore anche la persona fisica che agisce per scopi imprenditoriali e professionali, o la persona giuridica; ma la questione è rimasta comunque priva di specifica soluzione in quanto, nel caso sottoposto alla sua attenzione, la Consulta ha rilevato che il contratto era stato stipulato anteriormente all'entrata in vigore della Legge n. 52/1996. ⁽²⁸⁾

In ogni caso, il Codice del consumo, nelle definizioni generali, ribadisce l'esclusione dell'attività imprenditoriale/professionale svolta (art. 3, lett. a).

Sulla nozione di "consumatore" e sul problema dei contratti stipulati per scopi professionali, comunque, il dibattito dottrinario è assai variegato, anche in considerazione del fatto che alcune sentenze, sia in ambito nazionale che comunitario, hanno individuato alcune distinzioni e principi da applicare a singole ipotesi contrattuali concrete ⁽²⁹⁾.

Limitando la prospettiva di indagine ai contratti di mutuo bancario, può concludersi nel senso che non si applicherà comunque la disciplina - volta a tutelare il consumatore - del Codice del consumo in caso di finanziamento contratto da:

- a) società di persone e di capitali, consorzi, cooperative, associazioni ed enti non commerciali;
- b) persone fisiche che svolgano attività imprenditoriale ove il finanziamento sia strumentale a tale attività (si pensi ad un imprenditore edile che contragga un mutuo per la costruzione di un fabbricato da vendere nell'ambito della sua attività economica);
- c) persone fisiche (liberi professionisti) che contraggano il mutuo dovendo destinarne i proventi alla loro attività professionale. ⁽³⁰⁾

B) Professionista.

Nell'ambito dei contratti di mutuo, la nozione di professionista desta, evidentemente, minori problemi di individuazione.

L'art. 3 del Codice del consumo (sempre nell'ambito delle definizioni generali, alla lettera c) definisce professionista la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, ovvero un suo intermediario.

L'ampiezza della categoria finisce per ricomprendere qualsiasi imprenditore, indipendentemente dalle dimensioni dell'impresa rappresentata e senza che assuma rilievo la tipologia dell'attività svolta, essendo rilevante per l'interprete che tale impresa stipuli contratti mediante la tecnica per adesione, aventi ad oggetto la cessione di beni o l'erogazione di servizi ⁽³¹⁾.

Quanto, in particolare, al termine prescelto dal legislatore per individuare la categoria dell'imprenditore, occorre rifarsi al concetto di professionalità accolto dalla prevalente dottrina (sugli studi d'impresa), in forza della quale "professionalità" va intesa nel senso di abitualità, stabilità, continuità e sistematicità nello svolgimento dell'attività economica esercitata ⁽³²⁾.

Non vi è alcun dubbio, pertanto, in ordine all'inserimento degli istituti di credito bancari nella categoria qui esaminata.

C) Clausole vessatorie e significativo squilibrio.

Ai sensi dell'art. 33, comma 1, del Codice del consumo, si considerano vessatorie (nel contratto concluso tra professionista e consumatore) le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi del contratto ⁽³³⁾.

Secondo un orientamento espresso durante la vigenza degli artt. 1469-*bis* ss. c.c., possono essere ritenute vessatorie le clausole accessorie del contratto e non già quelle principali.

Queste ultime sarebbero sottratte al sindacato di vessatorietà, in forza di quanto oggi disposto dal comma 2 dell'art. 34 del Codice del consumo, che esclude l'oggetto del contratto dalla valutazione circa il carattere vessatorio della clausola ⁽³⁴⁾.

Allo stesso modo sono sottratte al giudizio di vessatorietà le clausole riprodotte di disposizioni di legge, o riprodotte di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli stati membri dell'Unione Europea, ai sensi del comma 3 dello stesso articolo 34 del Codice del consumo ⁽³⁵⁾.

Va osservato, peraltro, che la valutazione di vessatorietà rappresenta una *quaestio facti*, da valutare con riferimento al singolo caso concreto, considerato che, ai sensi del comma 1 dell'art. 34, è necessario considerare la "natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione", nell'ambito, inoltre, delle altre clausole contrattua-

li.

Con riferimento ai contratti di mutuo bancario, la prospettiva di indagine appare lievemente semplificata, ove si consideri che ogni Istituto tende a reiterare le medesime clausole per la generalità dei contratti con i consumatori e quindi il principio del "singolo caso concreto" è destinato, almeno qui, a valere per una serie di negoziazioni standardizzate.

E' opportuno, a questo punto, esaminare gli ulteriori elementi che caratterizzano le clausole vessatorie: il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi, malgrado la buona fede.

Questi due concetti di "significativo squilibrio" e di "buona fede" sono stati oggetto di numerose interpretazioni già sotto la previgente disciplina del codice civile, in quanto le espressioni in tal caso utilizzate dal legislatore (in larga misura mutuata dalle legislazioni estere) sono state formulate in modo non felice ⁽³⁶⁾.

Il "significativo squilibrio" investe di fatto il giudice di notevole potere discrezionale nell'esame del caso concreto, dovendo questi ravvisare uno svantaggio del consumatore, nell'ambito delle posizioni contrattuali, di entità considerevole, dato non sempre agevolmente accertabile ⁽³⁷⁾.

In ogni caso dovrà trattarsi di uno squilibrio normativo (diritti ed obblighi del contratto) e non già di uno squilibrio economico, considerato che l'art. 34, comma 2, dispone che la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non attiene all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi ⁽³⁸⁾.

Maggiori dubbi si pongono con riguardo al concetto di "buona fede".

I dubbi interpretativi sorgono, come detto, dal recepimento letterale e comunque non felice della direttiva comunitaria.

Senza addentrarsi nell'esame delle argomentazioni sostenute in dottrina, può essere sufficiente rilevare che prevale l'opinione secondo la quale "la buona fede" debba intendersi in senso oggettivo e non soggettivo, nel senso di non ritenere rilevante l'animus del predisponente in relazione alle clausole contrattuali, bensì di dover valutare il contrasto di determinate clausole con le regola della correttezza ⁽³⁹⁾.

L'inciso letterale "malgrado la buona fede" porta a ritenere che la vessatorietà prescinda dalla buona o dalla mala fede e dipenda unicamente dallo squilibrio e, come si dirà in seguito, dall'assenza di trattative.

La buona fede, in questo senso, non va valutata come requisito concernente la consapevolezza del professionista di aver inserito in contratto "clausole squilibrate", bensì quale canone interpretativo tendente ad individuare il criterio sulla base del quale effettuare il controllo in ordine alla concreta illiceità della clausola ⁽⁴⁰⁾.

5. La trattativa.

L'art. 33, comma 2, del Codice del consumo elenca una serie di clausole che si presumono vessatorie, sino a prova contraria.

L'art. 34, comma 4, del Codice del consumo prevede, però, che non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale.

Al contrario, l'art. 36, comma 2, recita che sono nulle determinate clausole (tre per la precisione), elencate nello stesso comma, pur se siano state oggetto di trattativa.

Pertanto, nella maggior parte delle ipotesi considerate dal legislatore, la trattativa individuale intervenuta tra professionista e consumatore esclude di per sè la vessatorietà delle clausole (si tratta di quelle clausole che la dottrina ha racchiuso nella categoria della grey list e che sono elencate nell'art. 33, comma 2).

Invece, qualora si sia in presenza di clausole riconducibili alle fattispecie previste dall'art. 36, comma 2 (la cosiddetta black list), la ricorrenza di una trattativa è irrilevante, in quanto in tali ipotesi la vessatorietà della clausola non è esclusa dalla prova della trattativa stessa; tuttavia, secondo l'opinione preferibile, è consentita la prova della non vessatorietà per altre ragioni (ad esempio, perchè la clausola è controbilanciata da altre clausole, favorevoli al consumatore, in modo che il contratto nel suo complesso non sia caratterizzato da un "significativo squilibrio" a carico del consumatore stesso).

Come è evidente, quindi, la trattativa svolge un ruolo estremamente importante per la maggioranza delle clausole che si presumono vessatorie, qualificandosi come presupposto di esclusione dell'applicazione della disciplina di protezione del consumatore ⁽⁴¹⁾.

Ma in cosa si sostanzia la trattativa individuale?

Quali sono gli elementi minimi che devono ricorrere perchè possa parlarsi dell'esistenza di una trattativa individuale?

La trattativa (o negoziato) è l'attività concorrente delle parti diretta a convenire il contenuto delle clausole contrattuali, nel senso di consentire che tale contenuto sia riconducibile alla loro consapevole determinazione ⁽⁴²⁾.

Il procedimento di formazione dell'accordo sulle singole clausole è, pertanto, indipendente, diverso e preventivo rispetto al momento del contratto.

Si potrà parlare dell'esistenza di una trattativa qualora le parti abbiano:

- a) discusso in dettaglio il contenuto della clausola;
- b) formulato possibili testi o ipotesi alternative;
- c) approvato, dopo l'avvenuto dibattito, il testo predisposto senza modifiche

(43)

Meno persuasiva, in tal senso, è l'interpretazione secondo la quale la trattativa mancherebbe ogni volta in cui le parti concludano il contratto senza aver apporato alcuna modifica, (44) in quanto non è la ridefinizione delle clausole predisposte dal professionista ad essere rilevante in sé, bensì la valutazione dell'insieme delle clausole contrattuali (alcune delle quali potrebbero essere anche non favorevoli per il consumatore) nell'ambito dell'intero testo contrattuale e della opportunità della sua sottoscrizione da parte del contraente debole.

Una recente dottrina ha individuato i caratteri essenziali della trattativa, nella:

- individualità;
- serietà;
- effettività (45).

A) La circostanza che la trattativa debba essere individuale è ribadita dal comma 4 dell'art. 34 del Codice del consumo.

In realtà tale individualità non va riferita ai soggetti del contratto, bensì all'oggetto della trattativa, nel senso che è necessario che le singole clausole poste a base dell'accordo contrattuale siano state singolarmente prese in considerazione, singolarmente formulate se pur in via di approssimazione e infine singolarmente convenute nel loro tenore finale.

Ulteriore considerazione è che non è sufficiente una negoziazione parziale, limitata a singole clausole del contratto, dovendosi ritenere che la protezione del consumatore vada riferita all'intero testo negoziale (46).

B) In ordine al requisito della serietà, va evidenziato che la trattativa deve essere svolta dalle parti mediante l'adozione di un comportamento idoneo a raggiungere il risultato cui è diretta.

La serietà della trattativa, pertanto, è già per ipotesi requisito di tutela delle esigenze del consumatore.

Tale requisito mancherebbe di fatto nelle ipotesi di proposta al consumatore di testi contrattuali non modificabili e comunque unilateralmente predisposti o di proposta al consumatore di sostituzione di clausole con altre clausole ugualmente predisposte dal professionista.

Ed inoltre mancherebbe anche nel caso (che può presentare alcune analogie con l'ipotesi dell'intervento notarile) della mera disponibilità da parte del professionista a leggere ad alta voce ed a spiegare al consumatore il testo delle singole clausole (47).

Mancherebbe, infine, ove in un testo unilaterale predisposto fosse previsto che il testo è stato comunque "oggetto di specifica trattativa".

C) L'effettività va valutata in base a due parametri.

In primo luogo la trattativa deve essere effettivamente avvenuta come fatto storico.

In secondo luogo la trattativa sarà effettiva se si è svolta in termini sostanziali e non meramente formali.

Deve comunque essere riconfermato, come osservato in precedenza, che la circostanza che la trattativa sia effettivamente avvenuta potrà comportare modifiche del testo contrattuale (su istanza del consumatore), ma ben potrebbe portare ad una conferma del testo contrattuale originario, ove il consumatore accetti il contenuto delle clausole predisposte dal professionista ⁽⁴⁸⁾.

Ciò che rileva è che il consumatore abbia avuto la concreta possibilità di apportare modifiche al contratto, e non già la circostanza che tali modifiche siano state poi di fatto apportate ⁽⁴⁹⁾.

6. La trattativa ed il ruolo del notaio.

Come precedentemente anticipato, la trattativa (o procedimento di formazione dell'accordo sul testo contrattuale predisposto dal professionista) è indipendente e precedente rispetto al momento della conclusione del contratto.

Partendo da tale premessa potrebbe concludersi che lo spazio per un intervento del Notaio, nell'ambito dell'applicazione piena del principio della tutela del consumatore, sia estremamente ridotto.

Nonostante tale premessa, però, autorevole dottrina ha ritenuto che l'atto pubblico notarile sarebbe esso stesso dimostrazione di negoziato individuale, nel senso di rispondere, con il suo contenuto, alle esigenze ed alla volontà di entrambi i contraenti ⁽⁵⁰⁾.

Altri, muovendo dalla rilevanza dell'intervento pubblico notarile e rifacendosi all'orientamento giurisprudenziale sopra riportato che nega l'applicabilità della norma contenuta nell'art. 1341 c.c. all'atto pubblico notarile, ritengono che la normativa a tutela del consumatore non si applichi tutte le volte in cui vi sia l'intervento notarile, in quanto lo stesso consumatore deve ritenersi completamente tutelato dall'intervento del Notaio che svolge compiti assegnatigli dall'ordinamento ⁽⁵¹⁾.

In realtà entrambe le posizioni su riportate, pur diverse l'una dall'altra, non possono ritenersi condivisibili.

Non sembra, infatti, che l'intervento notarile consistente nella lettura dell'atto pubblico, nella sua successiva approvazione e sottoscrizione ad opera delle parti possa di per sé integrare gli estremi di una trattativa individuale su tutte le clausole

del contratto, nelle ipotesi, ovviamente, di predisposizione unilaterale di tali clausole da parte del professionista ⁽⁵²⁾.

Proprio l'aspetto della predisposizione unilaterale del contratto (fenomeno che senza dubbio avviene nei contratti di mutuo bancario) non esclude ed anzi fa presumere l'esistenza della vessatorietà della clausola, rispetto alla quale unicamente una trattativa pre-contrattuale può costituire elemento di salvaguardia.

Più puntualmente può osservarsi che non solo l'atto notarile non esclude il presupposto della predisposizione unilaterale da parte del professionista (in casi quali i mutui bancari), ma anche che il Notaio non è in condizione, al momento della conclusione del contratto, di conoscere quale sia stata la negoziazione pre-contrattuale delle clausole e soprattutto se tale negoziazione abbia rappresentato o meno una trattativa ai sensi dell'art. 34, comma 4, del Codice del consumo.

Peraltro, anche nell'ipotesi in cui l'accordo sia frutto di trattativa individuale, vi è sempre un margine perchè sussistano una o più clausole imposte, sulle quale il professionista può essersi rifiutato di aprire la trattativa escludendo ogni modifica ⁽⁵³⁾.

A fronte di quanto osservato può quindi accogliersi l'opinione che afferma la marginalità del ruolo del Notaio nell'ambito della contrattazione standardizzata?

Può concludersi per una irrilevanza dell'intervento notarile a tutela del consumatore?

In realtà ad entrambe le domande va data risposta negativa ed anzi, probabilmente, il Codice del consumo rappresenta una utile occasione per il Notariato per assumere un ruolo più attivo nella contrattazione bancaria, come si cercherà di chiarire meglio in seguito.

7. Le nullità previste nel Codice del consumo.

Nel presente paragrafo sono prese in esame le nullità, previste nel Codice del consumo, che possono riguardare i mutui bancari.

Dall'analisi che si cercherà di fare risulta che la situazione non è identica a quella esistente prima dell'entrata in vigore del Codice del consumo; sul piano sanzionatorio, sono state introdotte delle modifiche, rispetto all'impianto normativo precedente; sono modifiche che, pur non radicali, hanno un qualche rilievo. Come si vedrà, si sono fatti ulteriori passi in avanti nella direzione di una più efficace tutela del consumatore.

E' opportuno distinguere il presente paragrafo in due parti: l'una dedicata alle possibili ipotesi di nullità derivanti dall'art. 143, l'altra dedicata alle possibili ipotesi di nullità derivanti dall'art. 36.

7.1. Art. 143: nullità assoluta e nullità relativa di protezione ⁽⁵⁴⁾.

Il Codice del consumo, già nei primissimi articoli (Titolo I - "Disposizioni generali e finalità" - della Parte I), dimostra con chiarezza di voler assicurare al consumatore una protezione molto forte. Il Codice ha il "fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti" (art. 1); all'art 2 ("Diritti dei consumatori"), al comma 1 si afferma: "Sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela (...)", mentre al comma 2 si afferma: "Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: (...) c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; (...) e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali; (...)".

Nell'ambito della Parte VI ("Disposizioni finali"), vi è l'importante art 143 ("Irrinunciabilità dei diritti"), il cui comma 1 dispone: "I diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili. E' nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice".

Il predetto comma 1 contiene due disposizioni: a) nel primo periodo, vi è una previsione tranciante di irrinunciabilità - da parte del consumatore - ai diritti che il Codice del consumo gli attribuisce; b) nel secondo periodo, vi è una previsione testuale di nullità per ogni pattuizione che sia in contrasto con disposizioni (del Codice del consumo) attributive di diritti al consumatore. Appare chiaro che entrambe le disposizioni sono norme imperative, sia per la loro nettezza testuale sia per il contesto normativo nel quale sono inserite; esse sono disposizioni nuove, la cui introduzione vuole sottolineare in modo più marcato un concetto già illustrato dalla dottrina: la tutela del consumatore è dettata sia per proteggere gli interessi del medesimo (ritenuto contraente debole) sia per proteggere interessi di natura pubblica o generale (la tutela della correttezza nella concorrenza fra imprese e quindi la tutela di un mercato efficiente). In particolare, quando il legislatore dispone l'irrinunciabilità di un diritto soggettivo, ciò significa che avverte la sussistenza di un interesse superindividuale (oltre all'interesse individuale avuto di mira in prima battuta).

La dottrina citata all'inizio del presente paragrafo 7.1 ⁽⁵⁵⁾ ha ritenuto plausibile distinguere, anche in ordine alle conseguenze sanzionatorie, fra la disposizione del primo periodo e la disposizione del secondo periodo del comma 1 dell'art. 143; detta ricostruzione è da ritenere condivisibile.

Primo periodo. Da detta disposizione deriva che sono colpite da nullità assoluta le clausole contrattuali che abbiano l'effetto di determinare una rinuncia - da parte del consumatore - a diritti a lui attribuiti dal Codice del consumo (ad esempio, una rinuncia al diritto - definito "fondamentale" - "ad una adeguata informazione e

ad una corretta pubblicità", previsto dall'art. 2, comma 2, lettera c)). Appare ragionevole ritenere che il contenuto del diritto all'informazione (che il legislatore vuole tutelare) risulti non solo dal Codice del consumo (testo non idoneo ad una disciplina di dettaglio, pur importante) ma risulti da una lettura complessiva e coordinata di tutte le norme vigenti, legislative e regolamentari (le quali talora richiamano, a fini di completamento e di specificazione del precetto, provvedimenti amministrativi di rilievo, quali quelli emanati dal Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio e dalla Banca d'Italia) ⁽⁵⁶⁾.

Sulla base di quanto si è cercato di esporre, si devono ritenere colpite da nullità assoluta le clausole (dei mutui e dei relativi capitolati) con le quali il consumatore:

- a) rinuncia all'informativa precontrattuale;
- b) rinuncia all'applicazione delle disposizioni previste in tema di trasparenza bancaria (fra le più recenti, la delibera del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio in data 4 marzo 2003, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* in data 27 marzo 2003 n. 72, e la circolare della Banca d'Italia in data 25 luglio 2003, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* in data 19 agosto 2003 n. 191);
- c) rinuncia a far valere la nullità relativa prevista dall'art. 36 del Codice del consumo.

Secondo periodo. Detta disposizione può dare luogo a maggiori dubbi interpretativi. Nel momento in cui dispone la nullità di ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del Codice del consumo, essa prevede delle ipotesi di nullità virtuale (sotto questo aspetto, è disposizione che presenta delle affinità con l'art. 1418, primo comma, c.c.); naturalmente, detta nullità potrà ravvisarsi nei casi di negozi o clausole in contrasto con norme di natura imperativa contenute nel Codice in oggetto, non invece quando il contrasto sia con norme dispositive. Ai fini dell'individuazione delle norme imperative, il ruolo dell'interprete è importante; secondo la ricostruzione prevalente (accolta anche dalla Corte di Cassazione), una norma può essere qualificata imperativa quando è volta a tutelare interessi di natura pubblica o generale; fra le ricostruzioni proposte in dottrina, è interessante quella secondo la quale un indice della natura imperativa di una norma è la previsione di indisponibilità dei diritti tutelati.

Riguardo alla disposizione del secondo periodo, i dubbi possono sorgere in quanto essa non precisa se la nullità (da essa prevista) sia assoluta o relativa.

La dottrina citata all'inizio del presente paragrafo 7.1 ⁽⁵⁷⁾ sviluppa il seguente ragionamento; essa ritiene che il rinvio al Codice del consumo (contenuto nel secondo periodo) è da ritenersi operante non solo con riguardo alla pattuizione sanzionata ma anche con riguardo alla sanzione prevista dal Codice stesso; poiché

l'art. 36 ⁽⁵⁸⁾ prevede una nullità relativa di protezione e poiché (più in generale) le nullità di protezione (del consumatore) sono in genere nullità relative (salvo il caso, sopra indicato, del primo periodo del comma 1 dell'art. 143), dovrebbe ritenersi che la nullità prevista dal secondo periodo sia una nullità relativa.

7.2. Art. 36: nullità relativa di protezione.

L'art 36, comma 1, del Codice del consumo prevede la nullità delle clausole (che siano accertate in concreto) vessatorie; il previgente art. 1469-*quinquies*, comma 1, c.c. prevedeva l'inefficacia delle clausole medesime.

L'art. 36, comma 3, del Codice del consumo dispone che la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e che essa può essere rilevata d'ufficio dal giudice; il previgente art. 1469-*quinquies*, comma 3, c.c. dettava la stessa regola, ma menzionava l'inefficacia.

E' necessario dar conto delle ragioni di detta modifica.

7.2.1. Dall'inefficacia alla nullità relativa: le ragioni della scelta.

La direttiva comunitaria (direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993) utilizzava (volutamente ⁽⁵⁹⁾ la seguente formulazione atecnica: "le clausole abusive (...) non vincolano il consumatore e il contratto resta vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive" (art. 6 n. 1); pertanto, il legislatore italiano avrebbe potuto scegliere (quale rimedio) la nullità, l'inefficacia, l'annullabilità o l'inopponibilità ⁽⁶⁰⁾; venne scelta l'inefficacia, per ragioni molteplici; una ragione che venne affermata era l'esigenza di evitare che taluno potesse ipotizzare l'applicabilità dell'art. 1419, primo comma, c.c. (a norma del quale, la nullità parziale del contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto se risulta che le parti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità), anche se questo tentativo si sarebbe scontrato con la regola del mantenimento del contratto sancita dall'art. 1469-*quinquies*, comma 1 (norma prevalente in quanto speciale); un'altra ragione era la diffidenza che il legislatore e parte della dottrina ancora mostravano nei confronti della nullità relativa (una diffidenza ormai superata ⁽⁶¹⁾).

La dottrina manifestò una pluralità di opinioni. Alcuni ⁽⁶²⁾ affermarono trattarsi di inefficacia (fra questi, alcuni criticarono la scelta del legislatore); altri ⁽⁶³⁾ affermarono trattarsi di nullità (in prevalenza, di nullità relativa); altri ⁽⁶⁴⁾ proposero ricostruzioni diverse.

La giurisprudenza non affrontò in modo specifico la questione relativa alla natura giuridica della sanzione (se inefficacia o nullità); in certi casi adoperò il termine

"inefficacia", in altri casi adoperò il termine "nullità", ma sempre a livello di "*obiter dictum*" e mai a livello di "*ratio decidendi*"; pertanto, le pronunce edite non costituiscono precedenti significativi ⁽⁶⁵⁾.

Negli ultimi anni la ricostruzione della sanzione in termini di nullità relativa ha acquisito maggiori consensi in dottrina. A ciò ha contribuito l'evolversi del diritto positivo, in quanto diverse leggi hanno introdotto ipotesi specifiche di nullità, diverse dalla nullità tradizionale del codice civile: le nullità speciali o nullità nuove (le quali, nella maggior parte delle ipotesi previste, sono nullità relative).

Si parla di nullità speciali sotto tre profili:

- a) sono speciali in quanto sono previste da leggi speciali; si tratta di leggi che danno attuazione a direttive europee o di leggi che hanno la finalità di favorire rapporti non sbilanciati fra i diversi soggetti del mercato (in altri termini, di leggi che hanno la finalità di evitare abusi consentiti da posizioni di partenza non equilibrate, o sotto il profilo economico o sotto il profilo dell'informazione);
- b) sono speciali per gli effetti (almeno, nella maggior parte delle ipotesi previste); è vero che esistono nullità speciali che sono nullità assolute, ma - prevalentemente - le nullità speciali sono nullità relative; vi è quindi il seguente tratto distintivo (almeno tendenzialmente): la nullità del codice civile può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse (ed è rilevabile d'ufficio dal giudice), la nullità speciale può essere fatta valere solo dalla parte protetta (ed è rilevabile d'ufficio dal giudice solo se ciò risponde all'interesse concreto della parte protetta ⁽⁶⁶⁾); la nullità del codice civile non fuoriesce da uno schema di formale eguaglianza fra le parti del contratto, la nullità speciale mira a proteggere un contraente debole nei confronti di un contraente forte; la nullità del codice civile può colpire il contratto o parte di esso o la singola clausola (ed è possibile l'estensione della nullità ai sensi dell'art. 1419, primo comma, c.c.), la nullità speciale può colpire il contratto ⁽⁶⁷⁾ oppure può colpire la singola clausola (o le singole clausole) ⁽⁶⁸⁾, mentre il contratto rimane valido, depurato dalle clausole nulle (ciò in quanto - secondo la valutazione del legislatore - il mantenimento del contratto risponde agli interessi della parte protetta); a seguito della permanente validità del contratto, possono aversi conseguenze diverse: I) a volte il contratto, privo della clausola espunta, è perfettamente idoneo a produrre i suoi effetti; II) se questa idoneità manca, il contratto è integrato *ex lege*, mediante norme imperative o dispositive, mediante clausole generali (quali quelle derivanti dagli artt. 1374 e 1375 c.c.) o, in mancanza, mediante l'applicazione dei principi generali del settore normativo di riferimento o (in ultima battuta) dei principi generali dell'ordinamento

(69),

- c) sono speciali per le loro differenti configurazioni rispetto allo schema classico della nullità; infatti, la nullità codicistica dipende da elementi intrinseci al negozio, quali una carenza della struttura del contratto o l'illiceità del regolamento contrattuale, mentre le nullità speciali dipendono da circostanze esterne al negozio (che però lo connotano sotto il profilo sostanziale degli interessi valutati dal legislatore, al punto da influenzare il giudizio di meritevolezza), ad esempio l'esistenza di uno squilibrio di partenza fra le parti (qualità di consumatore e di imprenditore) o l'esistenza di un'asimmetria informativa (qualità di banca e cliente) o l'assenza di trattativa o la circostanza che la negoziazione sia avvenuta fuori dai locali commerciali (art. 45 del Codice del consumo).

Le nullità speciali di protezione sono (più che sanzioni) rimedi, che la parte protetta può utilizzare, se ritiene ciò rispondente ai suoi interessi concreti; la legittimazione a far valere la nullità è quindi attribuita al contraente protetto e non al contraente forte (la legittimazione relativa nella maggior parte dei casi è sancita con disposizione espressa, mentre in un numero limitato di casi è affermata da dottrina e giurisprudenza sulla base di una condivisibile interpretazione sistematica); si tratta quindi una tutela flessibile, rimessa alle valutazioni del soggetto protetto e comunque incisiva.

La ricostruzione della sanzione prevista dall'art. 1469-*quinquies* c.c. in termini di nullità relativa è stata rafforzata anche dal legislatore. Sono state introdotte nell'ordinamento ulteriori ipotesi di nullità relativa di protezione; fra queste, la nullità prevista dall'art. 1519-*octies* c.c. (inserito dal D.Lgs. 2 febbraio 2002 n. 24, sulla vendita dei beni mobili di consumo) e la nullità prevista dall'art. 7 del D.Lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 (sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali) ⁽⁷⁰⁾.

Nella relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 24/2002 si afferma: "l'inefficacia derivante dalla violazione di una norma imperativa di protezione soggetta ad un regime non può che essere qualificata nel nostro ordinamento come nullità di protezione soggetta ad un regime derogatorio rispetto a quello tradizionale"; si aggiunge inoltre che l'impiego del termine nullità, "pur dando luogo ad una discrasia rispetto al riferimento all'inefficacia operato in tema di clausole abusive dall'art. 1469 *quinquies* del codice civile, restituisce correttezza dogmatica all'istituto in esame, posto che l'inefficacia è solo l'effetto di una patologia derivante da norme imperative, patologia qualificabile in termini di nullità di protezione". Nella relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 231/2002 si esprimono concetti analoghi.

Il Consiglio di Stato in sede consultiva ⁽⁷¹⁾, chiamato ad esprimere un parere sullo schema di decreto legislativo che poi sarebbe divenuto il Codice del consumo, ha affermato che il legislatore del D.Lgs. n. 24/2002 ed il legislatore D.Lgs. n.

231/2002 hanno voluto "fornire una sorta di interpretazione autentica dell'1469-*quinquies* c.c., ponendo fine al dibattito (...) circa la natura giuridica della patologia ivi prevista"; ad avviso del Consiglio di Stato, detta patologia è costituita dalla nullità. Dopo aver ripreso le affermazioni (sopra riportate) contenute nella relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 24/2002 e dopo aver sviluppato altre argomentazioni ⁽⁷²⁾, il Consiglio di Stato ha proposto di sostituire nel testo "inefficacia" con "nullità" e di sostituire nella rubrica (dell'attuale art. 36) "inefficacia" con "nullità di protezione" o "nullità relativa".

Il legislatore del Codice del consumo ha recepito le indicazioni del Consiglio di Stato; in tal modo, ha adoperato un termine (nullità) che, rispetto al termine precedente (inefficacia), meglio esprime il disfavore dell'ordinamento verso la violazione delle norme in oggetto.

7.2.2. Caratteri della nullità di protezione (in generale).

Dopo aver spiegato le ragioni che hanno condotto il legislatore a definire espressamente "nullità di protezione" la sanzione prevista dall'art. 36 del Codice del consumo, è necessario meglio focalizzare i caratteri della nullità di protezione in generale (ossia con riferimento alle varie ipotesi di questa tipologia di nullità previste da diverse leggi); dall'analisi risulterà che non vi sono dei caratteri presenti sempre e comunque, ma vi sono dei caratteri presenti nella maggior parte delle ipotesi, ossia dei caratteri presenti in via tendenziale (tanto è vero che la dottrina prevalente estende detti caratteri anche alle fattispecie simili, nei casi di lacune normative).

In via preliminare, va ricordato che sulle nullità di protezione il dibattito è aperto in dottrina; come è stato giustamente osservato ⁽⁷³⁾, si tratta "di una materia ancora ben lontana da una sistemazione organica definitiva". Ci si limiterà quindi ad accennare brevemente alle posizioni espresse in dottrina con riguardo ai caratteri di detta nullità.

A) Un microsistema normativo o una pluralità di statuti normativi.

E' discusso se possa sostenersi l'esistenza di un microsistema normativo delle nullità di protezione o se esistano tanti modelli e corrispondenti statuti normativi quante solo le singole ipotesi di nullità di protezione ⁽⁷⁴⁾.

Pare plausibile affermare che dall'insieme delle disposizioni esistenti (contenute in varie leggi speciali) possa dedursi l'esistenza di un microsistema normativo, in quanto ricorrono con notevole frequenza taluni caratteri che connotano le norme in oggetto quali norme speciali e non eccezionali; naturalmente, non è un microsistema monolitico come alcuni microsistemi del passato, ma è un microsistema connotato da elasticità e duttilità e dalla presenza di varianti; del resto, gli aspetti da ultimo citati sono inevitabili, sia in ragione dell'attuale modo di legiferare ⁽⁷⁵⁾, sia in

ragione della varietà degli interessi di volta in volta tutelati. Questa conclusione ha importanti riflessi operativi: trattandosi di norme speciali e non eccezionali, è possibile la loro applicazione analogica ⁽⁷⁶⁾.

B) Interessi tutelati.

Una parte della dottrina ha osservato una costante, in ordine agli interessi tutelati. Tendenzialmente, le leggi che prevedono le nullità in oggetto sono dettate in prima battuta a tutelare gli interessi del contraente debole ed in seconda battuta (ossia di riflesso) a tutelare interessi di natura pubblica o generale; per fare un esempio, diverse di queste leggi tutelano in primo luogo il contraente "consumatore" nei confronti del contraente "imprenditore" (soggetto forte), ma - in secondo luogo - tutelano la correttezza e l'efficienza del mercato e l'esigenza di una corretta concorrenza fra imprenditori; ciò, affinché gli imprenditori meno competitivi non si avvantaggino sugli imprenditori più competitivi scaricando sul consumatore maggiori rischi di natura contrattuale ⁽⁷⁷⁾; nella prospettiva indicata, le norme dettate a tutela dei consumatori sono volte contemporaneamente alla tutela delle condizioni che permettono l'esistenza di un mercato efficiente. Al riguardo, si è parlato non solo di ordine pubblico di protezione ma anche di ordine pubblico di direzione. La stessa dottrina ha proseguito il ragionamento affermando che le norme che prevedono nullità di protezione (in genere, siano esse nullità relative o nullità assolute) mirano a tutelare (anche) interessi di natura pubblica o generale, con la conseguenza della natura imperativa delle norme stesse; su questa linea interpretativa si pone anche il Consiglio di Stato, il quale, nel Parere citato nel paragrafo 7.2.1 ⁽⁷⁸⁾, afferma (con riguardo all'art. 36 del Codice del consumo): "si tratta pertanto di una nullità di protezione, costituente una *species* del *genus* delle nullità contrattuali per violazione di norme imperative di cui all'articolo 1418, primo comma, del codice civile"; un argomento a favore di detto orientamento sembra costituito dal già citato art. 143, comma 1, del Codice del consumo ⁽⁷⁹⁾.

Un'altra parte della dottrina, invece, ha osservato che - in ordine agli interessi tutelati - è necessario distinguere caso per caso, in quanto vi sarebbero anche ipotesi di nullità di protezione (precisamente, nell'ambito delle nullità relative di protezione) poste a tutela esclusivamente di interessi individuali (gli interessi del contraente protetto).

La discussione, quindi, è aperta ⁽⁸⁰⁾.

La natura degli interessi tutelati è un forte tratto distintivo della nullità relativa di protezione (emersa nell'ultimo quindicennio) rispetto alla tradizionale nullità relativa, di origine codicistica (la quale trova un supporto normativo, fra l'altro, nell'inciso "salvo diverse disposizioni di legge" che apre l'art. 1421 c.c.); infatti, quest'ultima è dettata esclusivamente a tutela degli interessi di una delle parti contraenti;

detta figura (non frequente nell'impianto del codice civile) è contestata da una parte della dottrina, la quale la riqualifica in altro modo (in termini di annullabilità o in termini di inefficacia relativa o in termini di inopponibilità).

C) Applicabilità o meno delle norme codicistiche sulla nullità.

La disciplina generale sulla nullità (artt. 1418-1424 c.c.) si applica alle ipotesi di nullità di protezione solo nei limiti della compatibilità, ossia quando la singola norma sia compatibile con la speciale "ratio" che connota la singola ipotesi di nullità di protezione. Pertanto, l'art. 1419 c.c. (sulla nullità parziale) si applica a talune ipotesi di nullità di protezione, mentre non si applica ad altre ipotesi di nullità di protezione [ad esempio, l'art. 1419, comma 1, c.c. (sull'estensione della nullità all'intero contratto) non si applica alla nullità prevista dall'art. 36 del Codice del consumo]. Anche l'art. 1421 c.c. (sulla legittimazione a farla valere di chiunque vi abbia interesse) si applica a talune ipotesi di nullità di protezione, mentre non si applica ad altre ipotesi di nullità di protezione; ad esempio, non si applica alla nullità prevista dal citato art. 36.

D) Legittimazione attiva e rilevanza d'ufficio.

Nell'ambito delle nullità di protezione, vi sono sia ipotesi di nullità assoluta sia ipotesi di nullità relativa; queste ultime sono nettamente più frequenti. In alcune ipotesi, la norma non disciplina espressamente la legittimazione all'azione di nullità; nell'ambito di queste ultime, diverse sono state ritenute ipotesi di nullità relativa dalla dottrina, la quale ha ritenuto questa configurazione più coerente con la "ratio" di protezione di una delle parti del contratto.

La nullità relativa di protezione può essere fatta valere solo dal soggetto protetto o solo a favore del soggetto protetto. Essa è rilevabile d'ufficio dal giudice (ciò talvolta è affermato con disposizione espressa, talvolta è stato affermato dalla giurisprudenza ⁽⁸¹⁾, talvolta è stato affermato dalla dottrina). Secondo la dottrina quasi unanime, il giudice può rilevarla d'ufficio solo se ciò risponde agli interessi del soggetto protetto. Soggetti diversi (fra i quali l'altra parte contraente) non possono far valere detta nullità.

E) Efficacia prima della pronuncia di nullità.

Il negozio colpito da nullità assoluta di protezione (o la clausola colpita da nullità assoluta di protezione) non produce effetti, anche nella fase anteriore alla pronuncia di nullità.

E' invece discusso se il negozio colpito da nullità relativa di protezione (o la clausola colpita da nullità relativa di protezione) produca effetti prima della sentenza che pronunci la nullità; in altri termini, se abbia efficacia interinale. Parte della dottrina ⁽⁸²⁾ ritiene che produca effetti; altra parte della dottrina ⁽⁸³⁾ ritiene che non produca effetti. E' più convincente la prima opinione; infatti, se solo uno dei

soggetti del contratto (il soggetto tutelato) può far valere la nullità (e potrebbe anche decidere di non farla valere mai), ciò significa che - nel frattempo - il negozio (o la clausola) produce effetti e che questi effetti sono precari, in quanto rimuovibili (con efficacia retroattiva) a seguito dell'iniziativa del soggetto stesso; non avrebbe senso logico ritenere che un negozio (o una clausola) possa produrre effetti rispetto ad una parte e non produrli rispetto all'altra ⁽⁸⁴⁾. Del resto, la nullità in oggetto è stata definita, in modo appropriato, una nullità-rimedio: il soggetto protetto valuta e decide se risponda, in concreto, ai suoi interessi attivare detto rimedio per porre nel nulla effetti già prodottisi.

F) Convalidabilità.

La nullità assoluta di protezione non è suscettibile di convalida; invece, la nullità relativa di protezione è suscettibile di convalida (secondo la dottrina ampiamente prevalente). Del resto, se la nullità relativa di protezione è volta a tutelare (in primo luogo) l'interesse di un soggetto del contratto, non si vede perchè negare che detto soggetto possa seguire la strada della convalida, purché l'interesse stesso sia alla fine tutelato. Pertanto, affinché la tutela apprestata dalla legge non sia vulnerata, è necessario che intervengano elementi idonei ad eliminare la patologia. Per chiarire il concetto, è opportuno fare delle esemplificazioni. Nel caso di un contratto (relativo ad immobile da costruire) viziato da nullità relativa per mancanza della fideiussione (*ex art. 2 del D.Lgs. n. 122/2005*), è necessaria l'integrazione del contratto mediante la prestazione di una valida fideiussione; nel caso di un contratto affetto da nullità relativa ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs. n. 231/2002 (sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali), in quanto l'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento è "gravemente iniquo" per il creditore, il contenuto dell'accordo stesso deve essere ricondotto ad equità dal giudice (comma 3) o dalle parti stesse (secondo quanto ritiene la dottrina ⁽⁸⁵⁾); nel caso di una clausola vessatoria viziata da nullità relativa (*ex art. 36 del Codice del consumo*), poiché la vessatorietà deriva dal "significativo squilibrio" del contratto nel suo complesso, è necessaria una modifica del contenuto dell'accordo idonea ad eliminare il significativo squilibrio (in questi casi, giocano un ruolo anche gli artt. 1374 e 1375 c.c.). Una parte della dottrina, anziché di convalida, preferisce parlare di un fenomeno di "sanatoria mediante integrazione".

Naturalmente, in tutti i casi sopra indicati, il soggetto protetto può preferire la dichiaratoria di nullità.

G) Imprescrittibilità.

La nullità assoluta di protezione è imprescrittibile; similmente, la nullità relativa di protezione è imprescrittibile.

In apparenza, l'imprescrittibilità della nullità relativa di protezione può causare

degli inconvenienti, perchè il soggetto protetto potrebbe esperire l'azione di nullità anche quando, per il tempo trascorso o per altra causa, i suoi interessi non risultano lesi. Ad un esame più attento, si può notare che i paventati inconvenienti in realtà non sussistono. Ciò in quanto, quando trascorre un notevole lasso di tempo, si verificano (in genere) i seguenti fenomeni: a) in molti casi matura la convalida tacita (ex art. 1444, comma 2, c.c.), in quanto il soggetto protetto tiene un comportamento incompatibile con la volontà di esercitare l'azione di nullità; b) in molti casi l'azione di nullità non può essere esercitata per mancanza dell'interesse ad agire, ex art. 100 c.p.c., in capo al soggetto protetto. Per accertare il concreto verificarsi di detti fenomeni, sono di ausilio anche i principi di correttezza e buona fede espressi dagli artt. 1374 e 1375 c.c..

H) Nullità espressa e nullità virtuale.

Come è noto, l'art. 1418, comma 1, c.c. dispone: "il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente"; esso disciplina i casi in cui alla violazione di una norma imperativa non corrisponda una espressa previsione di nullità; al riguardo, si parla di nullità virtuale, per differenziarla dalla nullità testuale, per la quale detta previsione espressa sussiste. La regola sopra ricordata vale sia per il contratto inteso nel suo complesso sia per la singola clausola.

E' discusso se alla nullità relativa di protezione sia applicabile la disciplina della nullità virtuale. Una parte della dottrina ⁽⁸⁶⁾ afferma che si applica, mentre un'altra parte della dottrina afferma che non si applica.

In ragione della sua nettezza, l'affermazione del Consiglio di Stato, secondo la quale la nullità ex art. 36 del Codice del consumo è "una nullità di protezione, costituente una *species* del *genus* delle nullità contrattuali per violazione di norme imperative di cui all'articolo 1418, primo comma, del codice civile", sembrerebbe inserirsi all'interno del primo orientamento, quello favorevole all'applicabilità ⁽⁸⁷⁾.

Si tratta comunque di una questione controversa, sulla quale non si è ancora pervenuti a conclusioni pacifiche, anche per l'assenza di interventi giurisprudenziali. In ogni caso, è importante avere la consapevolezza dell'esistenza del problema.

7.2.3. Peculiarità della nullità relativa di protezione prevista dall'art. 33 del Codice del consumo.

Nell'ambito delle nullità relative di protezione, la nullità prevista dall'art. 33 del Codice del consumo ha delle innegabili peculiarità.

Detta nullità si riferisce alla clausola, nella misura in cui questa sia vessatoria in concreto (tralasciamo l'ipotesi della vessatorietà accertata a seguito di azione inhibitoria promossa da talune associazioni e organismi, ai sensi dell'art. 37; in questo

caso la vessatorietà viene accertata in astratto). A norma dell'art. 33, comma 1, "si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto". L'art. 34 (sull'accertamento della vessatorietà), al comma 1 dispone: "la vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende"; al comma 4 dispone che "non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale". L'art. 33, comma 2, contiene un elenco di clausole "potenzialmente" vessatorie, ossia che si presumono vessatorie salvo prova contraria (che deve essere prodotta dal professionista).

Dall'insieme delle disposizioni sopra riportate, emerge che la vessatorietà di una clausola non dipende esclusivamente dal testo della clausola stessa, ma da una molteplicità di elementi, il cui esame richiede una valutazione in concreto dell'intero rapporto contrattuale, in una prospettiva dinamica e non statica. In primo luogo, vi è la vessatorietà se si accerta il "significativo squilibrio" dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (uno squilibrio giuridico-regolamentare e non economico-patrimoniale). In secondo luogo, l'esistenza del significativo squilibrio non la si può dedurre dalla presenza di una clausola che - astrattamente - sia riconducibile all'elenco dell'art. 33, comma 2; ciò può costituire un indizio di vessatorietà, non la prova di essa (anche se un indizio di rilievo, considerato l'onere della prova che grava sul professionista). Per verificare l'esistenza del significativo squilibrio è necessario valutare diversi elementi: la natura del bene o del servizio oggetto del contratto, le circostanze esistenti al momento della sua conclusione, le altre clausole del contratto stesso o di un altro contratto collegato o di un altro contratto da cui dipende (art. 34, comma 1), la circostanza che la clausola sia stata oggetto di trattativa individuale (art. 34, comma 4).

Fra gli elementi indicati, ha particolare rilievo l'esame del testo contrattuale complessivo, perchè - come ha chiarito la dottrina - il significativo squilibrio va valutato pesando tutte le clausole e non solamente una od alcune.

Inoltre, con riguardo alla presunta vessatorietà della clausola, il professionista può fornire la prova contraria, sia nel senso che può provare che non sussiste il "significativo squilibrio", sia nel senso che può provare che vi è stata una trattativa.

Tutte le valutazioni sopra riportate (nella prima parte del presente paragrafo 7.2.3) sono condivise in dottrina con riferimento alle clausole elencate nel comma 2 dell'art. 33 (cosiddetta "grey list" o lista grigia).

Invece, con riferimento alle clausole elencate nel comma 2 dell'art. 36 (cosiddetta "black list" o lista nera), vi sono - in dottrina - due orientamenti diversi. E'

necessario precisare che le clausole indicate alle lettere a), b) e c) del comma 2 dell'art. 36 corrispondono letteralmente alle clausole indicate alle lettere a), b) ed l) del comma 2 dell'art. 33 (l'unica differenza è data dal fatto che nella lettera c) del comma 2 dell'art. 36, più correttamente, è presente l'espressione "di fatto" che - probabilmente per una svista - manca nella lettera l) del comma 2 dell'art. 33; si è detto "più correttamente" perché l'espressione "di fatto" rende la frase più aderente alla corrispondente disposizione della direttiva europea). In ordine a dette clausole, l'unica regola pacifica (in quanto espressa dall'art. 36, comma 2) è la seguente: la circostanza che esse siano state oggetto di trattativa è irrilevante ai fini del giudizio di vessatorietà. Si discute invece se possa essere data la prova contraria alla presunzione di vessatorietà. Ad avviso di un primo orientamento ⁽⁸⁸⁾, il professionista può "fornire la prova contraria alla vessatorietà (in quanto [dette clausole] siano controbilanciate da altre clausole del contratto ovvero siano giustificate dalle circostanze esistenti al momento della stipulazione: v. art. 1469-ter, 1° comma, c.c. [ora art. 34, comma 1])"; analogamente, autorevole dottrina ⁽⁸⁹⁾ afferma che non vi è una presunzione assoluta di vessatorietà. Ad avviso di un secondo orientamento ⁽⁹⁰⁾, in tali ipotesi la vessatorietà della clausola "è *ope legis* considerata sussistente *in re ipsa*"; in altri termini, si ha una presunzione assoluta di vessatorietà e non può essere fornita la prova contraria.

Appare preferibile il primo orientamento, per due ragioni; in primo luogo, le clausole indicate al comma 2 dell'art. 36 sono identiche (salva la piccola differenza segnalata) alle clausole indicate al comma 2 dell'art. 33, per le quali è testualmente prevista l'ammissibilità della prova contraria alla vessatorietà (nello stesso comma 2); in secondo luogo, una presunzione assoluta, la quale - come tale - trascuri le circostanze del caso concreto, contrasta con tutta la filosofia degli artt. 33-38, improntata ad una valutazione del merito del complessivo rapporto contrattuale. Pertanto, sembra plausibile ritenere che il legislatore, all'art. 36, abbia ritenuto di connotare la disciplina delle clausole ivi indicate solo per l'irrilevanza della trattativa, senza ripetere la previsione di ammissibilità della prova contraria in quanto già contenuta nell'art. 33; in altri termini, gli artt. 33 e 36 vanno letti congiuntamente e non separatamente l'uno dall'altro.

Ritornando alle clausole in generale, appare evidente che la vessatorietà ed il significativo squilibrio si possono accertare valutando il contesto, non il testo; è necessario fare una valutazione che tenga conto anche di aspetti di merito, di puro fatto.

Questo aspetto caratterizza in maniera particolare la nullità in esame, anche ai fini dell'attività notarile. Il notaio non può certamente conoscere le circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto, né può sapere se vi siano state

trattative o meno; può non conoscere l'esistenza di altri contratti (contratti collegati o contratti dai quali dipende il contratto concluso innanzi a lui), perchè le parti possono avere stipulato scritture private o possono avere concluso contratti dinanzi ad un altro notaio; in altri termini, non può valutare la complessiva operazione economica, la quale è il contesto decisivo ai fini del giudizio di vessatorietà.

Di conseguenza, è condivisibile l'opinione (ampiamente prevalente ⁽⁹¹⁾) secondo la quale la presenza di clausole vessatorie in un contratto redatto nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata non comporta l'applicazione dell'art. 28 della Legge Notarile.

Una dottrina ⁽⁹²⁾ ha affermato che l'applicabilità dell'art. 28 L.N. "è da escludere a prescindere dalla scelta, nella materia in esame, a favore della nullità, in quanto non esiste un elenco di clausole di per sé e in ogni caso abusive, ma la vessatorietà, sia per le clausole legislativamente previste che si presumono soltanto vessatorie, sia per quelle che rientrano nella norma generale di cui all'art. 1469-*bis* [ora art. 33] è la risultante di una valutazione sul merito che coinvolge l'intero contratto, le circostanze che ne accompagnano la conclusione e persino un eventuale contratto collegato" (...); "tale valutazione, che viene a sindacare l'operazione contrattuale nel suo complesso, esula dalle competenze del notaio e non può ammettersi, di conseguenza, un obbligo professionale di rilevare la nullità della clausola, sanzionabile ai sensi dell'art. 28 della legge notarile".

Altra dottrina ⁽⁹³⁾ è pervenuta alle stesse conclusioni, aggiungendo un ulteriore argomento; essa ha giustamente evidenziato la distinzione fra il giudizio sulla vessatorietà *ex artt. 33-34*, attivato dal singolo consumatore, ed il giudizio sulla vessatorietà *ex art. 37*, attivato - mediante azione inibitoria - da talune associazioni e organismi; il primo è un giudizio in concreto sulla clausola (e quindi sul contratto nella sua globalità), il secondo è un giudizio astratto sulla clausola ⁽⁹⁴⁾. Il giudizio in concreto richiede una valutazione della situazione di fatto, valutazione che non sembra poter essere messa sempre e incondizionatamente a carico del notaio.

A queste condivisibili argomentazioni si può aggiungere la constatazione che il notaio non ha gli strumenti di indagine che ha il giudice, al fine di valutare elementi di puro fatto, per cui il suo giudizio sarebbe arbitrario.

Resta impregiudicata la questione relativa ai rapporti fra le altre ipotesi di nullità di protezione (diverse dall'ipotesi prevista dall'art. 36 del Codice del consumo) e l'applicabilità dell'art. 28 L.N.; si tratta di una questione che rimane aperta.

La conclusione nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 28 L.N. in presenza di clausole vessatorie non significa, però, che il notaio non abbia precisi obblighi anche in ordine a tali fattispecie.

Il notaio ha un obbligo di consulenza ⁽⁹⁵⁾ e un obbligo di informazione, che

devono essere adempiuti prima, durante e dopo la stipula di un atto, nonché a prescindere dalla stipula di un atto (o perchè non si addivene alla stipula per i motivi più vari o perchè il cittadino chiede al notaio solo una consulenza coinvolgendone solo il profilo di libero professionista). Detto obbligo di consulenza sussiste nei confronti di tutte le parti del negozio o dei negozi collegati (banca mutuante, mutuatario, eventuale fideiussore) ed è evidenziato con chiarezza nel codice deontologico ⁽⁹⁶⁾. L'obbligo ricordato comporta che il notaio debba informare le parti (quanto meno) in ordine alla disciplina del Codice del consumo e alle conseguenze che detta disciplina può avere sulla validità e sull'efficacia delle clausole contrattuali. Tale attività informativa del notaio è utile e doverosa sia nei confronti della banca sia nei confronti del consumatore; anzi, a ben riflettere, è ancora più importante nei confronti della banca, in quanto il consumatore trova una forte tutela nel rimedio della nullità relativa, mentre la banca, in un eventuale successivo giudizio contenzioso (ad esempio, nei confronti di un mutuatario inadempiente), può vedersi eccepita la nullità di talune clausole in quanto vessatorie.

Come si è accennato, il notaio deve adempiere all'obbligo di consulenza e all'obbligo di informazione anche in sede di stipula.

Un notaio che, in modo abituale, ometta le attività di consulenza e di informazione sopra descritte, viola i propri doveri, con possibili conseguenze sia sul piano della responsabilità disciplinare sia sul piano della responsabilità civile connessa al contratto d'opera professionale.

Per una più compiuta analisi degli aspetti operativi (che coinvolgono anche una possibile utilizzazione della relazione notarile preliminare) si rinvia a quanto esposto nel paragrafo 9.

8. Clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario.

Il presente paragrafo è dedicato ad una rassegna di clausole "potenzialmente" vessatorie; deve essere sottolineato il significato dell'avverbio "potenzialmente" perchè l'accertamento della vessatorietà deve essere fatto in concreto e non in astratto, come si è spiegato nel paragrafo 7.2.3.

Naturalmente, per non appesantire il discorso, il termine "potenzialmente" non sarà ripetuto in continuazione; si precisa sin d'ora che esso accompagna - implicitamente - i termini "vessatoria" o "vessatorie".

Pertanto, nel presente paragrafo si elencheranno delle clausole che possono rientrare nell'elenco dell'art. 33, comma 2, del Codice del Consumo (nonché nell'elenco dell'art. 36, comma 2, del Codice del Consumo), elenco - esemplificativo e non tassativo - che il legislatore ha voluto elaborare per agevolare l'interprete (e in

particolare il giudice) nell'analisi in ordine alla natura vessatoria o meno di una clausola; infatti, le disposizioni citate affermano che le clausole indicate "si presumono" vessatorie, salvo prova contraria, e non che "sono" necessariamente vessatorie; possono esservi clausole che - pur incasellabili astrattamente nell'elenco dell'art. 33 - in concreto non siano vessatorie (perchè l'operazione negoziale nel suo complesso non denota uno squilibrio dei diritti e degli obblighi dei contraenti, circostanza che deve essere provata dal professionista, ossia dalla banca), così come possono esservi clausole che - pur non incasellabili nell'elenco dell'art. 33 - in concreto siano vessatorie (perchè l'operazione negoziale nel suo complesso, a causa della clausola stessa e del contesto complessivo, denota uno squilibrio dei diritti e degli obblighi dei contraenti); senza dimenticare che è possibile una terza ipotesi: può accadere che una clausola non sia vessatoria in concreto perchè è stata oggetto di trattativa individuale (circostanza che deve essere provata dal professionista) ⁽⁹⁷⁾.

Per talune di dette clausole si riporteranno degli esempi: si tratta di clausole concretamente riscontrate nella prassi, nei testi dei mutui bancari e dei relativi capitoli di condizioni generali; inoltre, per talune di dette clausole, si riporterà il riferimento normativo: una lettera accanto al titolo (che definisce la clausola) indica la lettera del comma 2 dell'art. 33 alla quale può essere ricondotta la clausola stessa; l'indicazione "art. 33 comma 1" significa che la clausola è comunque idonea a determinare un "significativo squilibrio".

Nella presente rassegna, è opportuno partire dal volume ("Studi in tema di mutui ipotecari") redatto dal gruppo di lavoro formatosi nel 1999 nell'ambito della Commissione propositiva del Consiglio Nazionale del Notariato ⁽⁹⁸⁾. Naturalmente, si cercherà di integrare il lavoro già svolto.

CLAUSOLE SUL FORO COMPETENTE (lettera u)

Sono da considerare vessatorie ⁽⁹⁹⁾:

- a) la clausola che stabilisce come foro competente sulle controversie una località diversa da quella di residenza o di domicilio elettivo del consumatore (anche se si indicano fori diversi e alternativi);
- b) la clausola di elezione del foro del domicilio elettivo allorché ci si trovi in presenza di una generica "*electio*" nel luogo di residenza dell'imprenditore, avente come manifesta e unica finalità quella di radicare in quel luogo un titolo di competenza territoriale altrimenti insussistente.

Dopo alcune pronunce non uniformi, la Cassazione a Sezioni Unite ⁽¹⁰⁰⁾ ha stabilito il seguente principio di diritto: la disposizione dettata dall'art. 1469 *bis*, comma 3, n. 19, c.c. si interpreta nel senso che il legislatore, nelle controversie tra

consumatore e professionista, ha stabilito la competenza territoriale esclusiva del Giudice del luogo della residenza del domicilio elettivo del consumatore, presumendo vessatoria la clausola che individui come sede del foro competente una diversa località.

CLAUSOLE SU GIURISDIZIONE E SU ARBITRATI (lettera t)

Sono da considerare vessatorie ⁽¹⁰¹⁾:

- a) le clausole di deroga alla giurisdizione;
- b) le clausole di deferimento della soluzione di eventuali controversie future ad arbitri, sia rituali che irrituali.

L'affermazione nel senso della vessatorietà delle clausole sopra indicate sub b) va precisata, a seguito di una nuova disposizione, l'art. 141 ("Composizione extragiudiziale delle controversie") del Codice del Consumo. A norma del comma 4 di detto articolo, "non sono vessatorie le clausole inserite nei contratti dei consumatori aventi ad oggetto il ricorso ad organi che si conformano alle disposizioni" dello stesso art. 141 (si tratta di disposizioni che richiedono particolari requisiti per gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie, in un'ottica di tutela del consumatore). A norma del comma 5 di detto articolo, "il consumatore non può essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale". Di conseguenza, sono da ritenere non vessatorie le clausole che prevedano la conciliazione o l'arbitrato (rituale o irrituale), purché l'organo di risoluzione della controversia abbia i requisiti previsti dall'art. 141 e purché sia rispettato il principio stabilito dal comma 5; sono invece da ritenere vessatorie le clausole che prevedano la conciliazione o l'arbitrato (rituale o irrituale), senza garantire che l'organo di risoluzione della controversia abbia i requisiti previsti dall'art. 141 o senza garantire l'intangibile diritto del consumatore di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale.

CLAUSOLE IN TEMA DI EFFICACIA PROBATORIA DELLE SCRITTURE CONTABILI (lettera t)

Sono da considerare vessatorie ⁽¹⁰²⁾:

le clausole per le quali gli estratti conto, le registrazioni, le scritture contabili ed in genere le risultanze contabili della banca fanno sempre piena prova sia nei confronti della parte mutuataria sia nei confronti di terzi.

L'A.B.I. ha suggerito alla banche di eliminare dette clausole, sin dalla circolare 739/1995. Esse sono presenti in numerosi capitolati.

CLAUSOLA LIMITATIVA DEL POTERE DI CANCELLAZIONE DELL'IPOTECA (art. 33 comma 1 e anche lettera t del comma 2)

E' stata esaminata la clausola con la quale si viene a limitare il potere del debitore di richiedere la cancellazione dell'ipoteca (ad adempimento ormai avvenuto dell'obbligazione garantita), rimettendone l'esecuzione alla volontà del creditore ipotecario.

Nei mutui fondiari la clausola appare invalida (e quindi del tutto inefficace), in quanto incompatibile con la funzione di tale tipo di contratto, funzione che è correlata alla valorizzazione della proprietà fondiaria, per cui la permanenza del vincolo ipotecario rinnega le ragioni stesse sulle quali si basa detto tipo di contratto; in altri termini, nel mutuo fondiario non è consentita una deroga all'art. 1200 c.c. ⁽¹⁰³⁾.

Nei mutui non fondiari la clausola è vessatoria, in quanto determina un "significativo squilibrio" (art. 33, comma 1) ⁽¹⁰⁴⁾; inoltre, è vessatoria (probabilmente) anche per un'altra ragione, ossia perchè ha per effetto quello di sancire restrizioni alla libertà contrattuale (lettera t dell'art. 33).

Esempio:

clausole che prevedano che "la cancellazione, la riduzione, la restrizione dell'ipoteca non potrà essere richiesta se non dopo che siano decorsi due anni dall'estinzione anticipata o un anno dall'estinzione alla scadenza contrattuale (o a quella successiva stabilita a seguito di proroga) semprechè non siano intervenute procedure concorsuali a carico del/i Mutuatario/i", aggiungendo che la banca può consentire a detti atti "anche prima" a suo insindacabile giudizio; si potrebbe sostenere che detta clausola abbia "per effetto" (anche se non per oggetto) di sancire a carico del consumatore "restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi", in quanto la presenza di un'ipoteca (anche se relativa ad un debito estinto) riduce in modo fortissimo la commerciabilità di un immobile.

CLAUSOLA CHE CONSENTE ALLA BANCA DI PIGNORARE BENI DIVERSI DA QUELLI IPOTECATI (lettera t)

La clausola che autorizza la banca, in deroga all'art. 2911 c.c., a pignorare beni mobili ed immobili diversi da quelli concessi in ipoteca, indipendentemente dal pignoramento dei beni immobili ipotecati, è vessatoria in quanto comporta una limitazione della facoltà di opporre eccezioni; essa, infatti, inverte la regola legale posta dall'art. 2911 c.c. ⁽¹⁰⁵⁾.

CLAUSOLA DI DIVIETO DI ACCOLLO (lettera t)

La clausola che vieta al mutuatario di effettuare un accollo del debito derivante dal mutuo determina una restrizione della libertà contrattuale nei rapporti con i

terzi e quindi è vessatoria, salvo che le condizioni applicate al contratto di mutuo siano state stabilite in funzione di qualità soggettive del mutuatario (ad esempio, dipendente della banca oppure soggetto appartenente ad una categoria che ha stipulato una convenzione con la banca stessa); ciò perchè in quest'ultimo caso l'accollo determinerebbe la prosecuzione del rapporto contrattuale con un nuovo soggetto (l'accollante) privo del requisito soggettivo richiesto e quindi determinerebbe l'ingiustificata estensione di condizioni favorevoli a soggetti per i quali dette condizioni non erano previste ⁽¹⁰⁶⁾.

CLAUSOLE CHE PREVEDONO OBBLIGAZIONI RELATIVE AL "MANTENIMENTO" DELLA GARANZIA IPOTECARIA (lettera t)

Con riguardo a dette clausole, il giudizio deve essere articolato ⁽¹⁰⁷⁾.

A) Sono vessatorie le clausole nelle quali si pregiudica in modo rilevante l'uso dell'immobile ipotecato (che spesso è l'abitazione del mutuatario) o si subordina l'esercizio delle facoltà connesse alla proprietà ad autorizzazioni espresse della banca, il tutto in base ad un apprezzamento insindacabile della banca stessa (si pensi ai divieti di alienare l'immobile, di disporne, di concederlo in locazione).

B) La compressione dei diritti di godimento e/o di disposizione del mutuatario può ritenersi legittima solo quando è finalizzata a prevenire o a sanzionare comportamenti che possano diminuire la consistenza della garanzia offerta, la quale costituisce elemento rilevante - per il creditore - nel procedimento di formazione del contratto; si pensi alle clausole che prevedano:

- a) un divieto di locazione per una durata superiore a quella minima prevista dalla legge;
- b) un divieto di riscossione anticipata di canoni di locazione o di cessione a terzi di detti canoni;
- c) l'obbligo di informare la banca in ordine a turbative del possesso o a contestazioni del diritto di proprietà da parte di terzi.

Le clausole sub a) mirano ad evitare un danno alla banca creditrice nella fase dell'eventuale esecuzione, danno rappresentato dalle opposizioni (nella fase esecutiva o di rilascio) che un terzo (il conduttore dell'immobile) potrebbe effettuare.

Le clausole sub c) non determinano un significativo squilibrio, in quanto è legittima la pretesa della banca ad essere informata di turbative o contestazioni, al fine di rivalutare se sussista un adeguato rapporto fra il credito e la garanzia offerta.

Esempi di clausole del tipo A):

- I. la banca ha facoltà di risolvere il contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c. (clausola risolutiva espressa) nei seguenti casi: (...)

- "mutamento della destinazione dei beni sottoposti all'ipoteca, senza il consenso della Banca"; in questo caso si lascia alla banca un apprezzamento discrezionale, senza poter valutare se vi sia un interesse meritevole di tutela;
- II. clausole che prevedano il divieto, per il mutuatario, di alienare l'immobile senza il consenso della banca; clausole che prevedano il divieto, per il mutuatario, di locare l'immobile senza il consenso della banca (senza circoscrivere il divieto ai rapporti di locazione che siano convenuti per una durata superiore a quella minima prevista dalla legge);
- III. clausole che prevedano l'obbligo per il mutuatario di non alterare la condizione giuridica dei cespiti ipotecati "e particolarmente non costituire servitù passive né modificare o aggravare quelle eventualmente preesistenti".

CLAUSOLE DI DEROGA ALL'ART. 190 c.c. (lettera t)

Le clausole con le quali si qualifica il debito derivante dal mutuo come debito della comunione (anche futura) e si deroga all'art. 190 c.c. , rinunciando alla parziarietà e alla sussidiarietà ivi prevista, sono ammissibili quando il contratto di mutuo è stipulato da entrambi i coniugi; quando alla stipulazione del mutuo interviene una sola persona (coniugata o non), l'ammissibilità di tali clausole deve essere valutata di volta in volta; in ogni caso, dette clausole sono vessatorie nei casi in cui determinano limitazioni alla possibilità di opporre le eccezioni di parziarietà e di sussidiarietà ai sensi dell'art. 190 c.c. ⁽¹⁰⁸⁾.

CLAUSOLE CHE CONSENTONO LO "IUS VARIANDI" (art. 33 comma 4, art. 33 comma 1 e anche lettera g del comma 2)

Vi sono discussioni in ordine alle clausole che attribuiscono alla banca uno "*ius variandi*", ossia il diritto di modificare unilateralmente alcuni elementi del contratto. Si pensi alla clausola che attribuisce alla banca la possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso di interesse, con una decisione unilaterale e discrezionale ⁽¹⁰⁹⁾.

E' necessario precisare che si è al di fuori della problematica dello *ius variandi* in caso di clausole di indicizzazione dei tassi a parametri obiettivi, non controllati dalla banca ma derivanti da istituzioni esterne e terze (ad esempio, in caso di riferimento all'Euribor).

Il Testo Unico Bancario ed il Codice del consumo dettano discipline differenti in ordine allo "*ius variandi*". Nel Testo Unico Bancario (artt. 117, comma 5, e 118) si prevede che possano essere inserite clausole che prevedano uno "*ius variandi*" della banca, aggiungendo che, in caso di esercizio di detto "*ius variandi*", sorge in capo al cliente un diritto di recesso (art. 118, comma 3); è evidente che la facoltà

di recesso non è una tutela in caso di mutuo, perchè il cliente dovrebbe restituire, in tempi brevi, l'importo residuo del capitale mutuato. Nel Codice del consumo (art. 33, comma 4, già art. 1469-*bis*, quinto comma, c.c.) si prevede - in sostanza - che lo "*ius variandi*" possa essere esercitato solo in presenza di un "giustificato motivo" (nonché fornendo un'adeguata informazione al consumatore), con la conseguenza che sono vessatorie le clausole che prevedano detta facoltà unilaterale di variazione senza specificare i casi di "giustificato motivo" ⁽¹¹⁰⁾.

In dottrina si è affermato, sulla base di un'articolata motivazione, che la clausola in esame (che attribuisce alla banca la possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso di interesse) è ammissibile nei contratti di finanziamento a tempo indeterminato, mentre è inammissibile nei contratti di finanziamento a tempo determinato (fra i quali il mutuo) ⁽¹¹¹⁾; si è aggiunto che detta clausola è incompatibile con il mutuo sotto il profilo della causa, in quanto il recesso contrasta con la dilazione temporale che connota l'obbligazione restitutoria del mutuatario, dilazione temporale che è elemento qualificante dell'equilibrio causale della prestazione ⁽¹¹²⁾.

Oltre agli aspetti sopra indicati, che coinvolgono la validità della clausola, è stato sottolineato un ulteriore aspetto, che ne può comportare la vessatorietà; infatti, la dottrina citata ⁽¹¹³⁾, osservando la sostanza del fenomeno, ha rilevato che il recesso consentito al mutuatario è in realtà imputabile alla banca, la quale - con la comunicazione di variazione del tasso - dichiara di non intendere continuare il rapporto contrattuale alle condizioni originariamente pattuite; con la conseguenza che una clausola del genere rientrerebbe nell'ipotesi prevista dall'art. 33, comma 2, lettera g), del Codice del Consumo (già art. 1469-*bis*, primo comma, n. 7, c.c.).

La questione dello "*ius variandi*" riguarda non solo il tasso di interesse ma anche gli altri oneri finanziari comunque derivanti dal contratto (penale di estinzione, spese incasso rata, spese per cancellazione di ipoteca e così via); anche la facoltà di variare detti oneri dovrebbe essere ancorata al "giustificato motivo".

In ordine ai rapporti fra la disciplina dello "*ius variandi*" contenuta nel Testo Unico Bancario (D.Lg. 1 settembre 1993 n. 385) e la disciplina dello "*ius variandi*" contenuta nel Codice del consumo (rapporti che si pongono quando il mutuatario è un consumatore), parte della dottrina ⁽¹¹⁴⁾ ritiene che si debba effettuare un confronto fra i due gruppi di disposizioni ed applicare la disciplina più favorevole al consumatore, mentre altra parte della dottrina ⁽¹¹⁵⁾ ritiene che gli artt. 1469-*bis* e seg. c.c. (ora artt. 33 e seg. Codice del consumo) abbiano abrogato (con riguardo al consumatore) le disposizioni difformi contenute nel Testo Unico Bancario.

Recentemente, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con segnalazione AS338 in data 26 maggio 2006, intitolata "Disciplina dello "*ius variandi*" nei contratti bancari", ha affrontato la questione. L'Autorità ha rilevato il contrasto (so-

pra illustrato) fra le disposizioni del Codice del consumo (che condizionano l'esercizio dello "*ius variandi*" da parte della banca alle circostanze che sussista un giustificato motivo e che al consumatore sia fornita un'adeguata informazione) e le disposizioni del Testo Unico Bancario (che non richiedono, per l'esercizio dello "*ius variandi*", la sussistenza di un giustificato motivo e che consentono un'informativa "impersonale" attraverso l'inserzione nella *Gazzetta Ufficiale*); l'Autorità stessa ha criticato le disposizioni del Testo Unico Bancario, ha ricordato la prevalenza delle disposizioni del Codice del consumo ed ha affermato di ritenere che "l'obiettivo di promozione e tutela della concorrenza nel mercato dei servizi bancari richieda una specifica modifica (...) della normativa applicabile" nel senso di adeguare le disposizioni del Testo Unico Bancario alle disposizioni del Codice del consumo.

CLAUSOLE IN TEMA DI SCIOGLIMENTO UNILATERALE DEL MUTUO PER INIZIATIVA DELLA BANCA (lettera t e lettera g)

Queste clausole sono importanti e ricorrenti; la loro importanza deriva dalla loro idoneità a determinare realmente "un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto". Esse sono state oggetto di analisi da parte della dottrina più consapevole in materia di mutuo ⁽¹¹⁶⁾; la lucidità di detta analisi rende opportuno fare riferimento ad essa (anche se - inevitabilmente - per sintesi).

- A) La risoluzione per inadempimento e la decadenza dal beneficio del termine sono istituti diversi, ciascuno dei quali ha propri presupposti e una distinta disciplina. Nei mutui bancari, spesso, questa distinzione non è colta e le discipline dei due istituti si sovrappongono e si confondono; il risultato è che in tali casi si è in presenza di clausole illegittime.
- B) Sono illegittime le clausole che prevedono la risoluzione per inadempimento qualora si verificano eventi che dipendono da terzi estranei al rapporto, quali il fatto che il mutuatario subisca protesti, decreti ingiuntivi, pignoramenti, domande giudiziali o ipoteche giudiziali. Detti fatti possono costituire indizio di insolvenza, ai sensi dell'art. 1186 c.c., ma non comportano necessariamente uno stato di insolvenza.
- C) Riguardo alla individuazione dei presupposti della decadenza dal beneficio del termine, una elencazione specifica di cause concrete (quali i protesti e gli altri eventi sopra indicati sub B) è ammissibile solo nella misura in cui ne venga evidenziato il carattere di potenziale causa di insolvenza, senza alcuna applicazione "automatica"; in altri termini, gli eventi sopra indicati (protesti, pignoramenti e altre fattispecie pregiudizievoli) possono costituire solo un indizio di insolvenza, indizio a volte non sufficiente, in quanto il ricorrere effettivo dell'insolvenza deve essere comunque dimostrato; sono quindi illegittime le clausole che prevedono la decadenza al solo verificarsi degli eventi sopra indicati.

- D) In caso di decadenza dal beneficio del termine, riguardo agli obblighi di restituzione, non è ammissibile prevedere per il mutuatario conseguenze più sfavorevoli di quelle che discenderebbero dalla risoluzione del contratto; non sarebbe legittima una pretesa della banca volta ad ottenere, insieme alla restituzione del capitale residuo, il pagamento di interessi relativi a rate non ancora scadute.
- E) Sono illegittime le clausole che non rispettano l'art. 40, comma 2, del Testo Unico Bancario, sia violandolo direttamente sia eludendolo. Ad esempio, è illegittima una clausola che, pur rispettando formalmente il citato art. 40, comma 2 (in base al quale la banca può pretendere la risoluzione in caso di ritardato pagamento delle rate che si verifichi almeno sette volte), preveda che "il ritardato pagamento, oltre il trentesimo giorno, anche di una sola rata, sarà motivo, a giudizio della banca, per invocare la decadenza dal beneficio del termine *ex art. 1186 c.c.*".
- F) La clausola risolutiva espressa deve indicare ipotesi specifiche di inadempimento; qualora sia generica e faccia riferimento all'inadempimento di tutte le obbligazioni (derivanti dal contratto di mutuo) è una clausola di stile, priva di efficacia negoziale.
- G) Le clausole che consentono alla banca di ottenere la risoluzione del contratto per il mancato rispetto di obbligazioni non significative (o non corrispondenti ad interessi meritevoli di tutela) sono vessatorie, sia in quanto volte ad impedire al mutuatario di opporre l'eccezione di scarsa importanza dell'inadempimento (rientrando quindi nella lettera t) dell'art. 33) sia in quanto - in sostanza - hanno l'effetto di attribuire alla banca una facoltà unilaterale di recesso (di origine negoziale) esercitabile a propria discrezione (rientrando quindi nella lettera g) dell'art. 33).

CLAUSOLE DI TRASLAZIONE DELL'ONERE TRIBUTARIO (art. 33 comma 1)

Come è stato osservato ⁽¹¹⁷⁾, non sono vessatorie le clausole che pongono a carico del mutuatario l'imposta sostitutiva che colpisce il contratto di mutuo e le relative garanzie; mentre sono vessatorie (e probabilmente illegittime) le clausole traslative di ogni onere tributario, diretto o indiretto, che possa colpire il contratto di mutuo.

L'art. 8, comma 2, della Legge 27 luglio 2000 n. 212 ("Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente") dispone: "è ammesso l'accollo del debito d'imposta altrui senza liberazione del contribuente originario". Da detta disposizione deriva che, in linea di principio, sono ammessi i patti di traslazione dell'imposta (che, naturalmente, hanno effetti "*inter partes*", in quanto - nei confronti dello Stato - il debitore originario resta obbligato).

La disposizione dell'art. 8, comma 2, non cambia le conclusioni sopra riportate, alle quali si era pervenuti prima della sua emanazione. Non è vessatoria una clausola di traslazione della specifica imposta sostitutiva relativa ad uno specifico mutuo, mentre è vessatoria una clausola di traslazione di imposta che sia troppo ampia e generica o che riguardi imposte dirette (perchè determina un "significativo squilibrio" ai sensi dell'art. 33, comma 1).

CLAUSOLE CHE PREVEDONO LIMITAZIONI DELLA FACOLTA' DI OPPORRE ECCEZIONI (lettera t)

In base alla lettera t) del comma 1 dell'art. 33, possono essere vessatorie le clausole che hanno per oggetto o per effetto di sancire a carico del consumatore limitazioni della facoltà di opporre eccezioni.

Esempi:

- I. "Nessuna eccezione od opposizione potranno sollevare il Mutuatario e gli eventuali Datori d'ipoteca e Garanti in qualsiasi sede e per qualsiasi causa nei confronti della Banca, fino a quando il credito di questa, dipendente dal mutuo, non sia stato completamente soddisfatto.";
- II. una clausola simile è la seguente:
"La parte mutuataria si impegna pertanto irrevocabilmente, con esplicita rinuncia ad opporre eccezioni di qualsivoglia natura e sotto pena di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c., al pagamento delle rate mensili (...)";
- III. clausole che prevedano la **risoluzione** del contratto di mutuo **per inadempimento in ipotesi meno gravi** dell'ipotesi classica prevista dalla legge; infatti, in base all'**art. 40, comma 2, T.U.B.**, la banca mutuante può chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento in caso di ritardato pagamento quando esso si sia verificato almeno sette volte anche non consecutive (la disposizione precisa che si considera ritardato pagamento quello effettuato fra il trentesimo ed il centoottantesimo giorno successivo alla scadenza della rata); le clausole che prevedano la risoluzione in fattispecie diverse e meno gravi limitano la **facoltà** del mutuatario **di opporre l'eccezione di "scarsa importanza"** dell'inadempimento (art. 1455 c.c.); dette clausole possono essere vessatorie anche sotto un altro profilo, in quanto - nella sostanza - attribuiscono alla banca una facoltà unilaterale di recesso di fonte negoziale, rientrando quindi nella lettera g) del comma 1 dell'art. 33;
- IV. altra clausola: alla banca dovrà essere immediatamente rimborsata ogni imposta o tassa di qualsiasi specie che venissero istituite, senza obbligo della banca di contestare la legittimità di tali oneri; resta inteso che la banca non deve comunque sopportare oneri fiscali maggiori di quelli attuali; "nel caso che la rivalsa in ordine ai predetti tributi venisse a trovare ostacolo in dispo-

zioni di legge, la Banca potrà risolvere il contratto di finanziamento"; a parte la vessatorietà di una clausola di traslazione dell'onere tributario che sia così ampia, la clausola sopra riportata prevede la risoluzione in un'ipotesi in cui è dubbio che vi sia grave inadempimento; pertanto, anche qui, pare vi sia una limitazione della facoltà del mutuatario di opporre l'eccezione di "scarsa importanza" dell'inadempimento (art. 1455 c.c.);

V. altra clausola: la banca ha facoltà di risolvere il contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c. (clausola risolutiva espressa) nei seguenti casi:

- "mutamento della destinazione dei beni sottoposti all'ipoteca, senza il consenso della Banca";

- "mancata puntuale e integrale esecuzione da parte del mutuatario di una qualunque delle obbligazioni nascenti dal contratto, a meno che il mutuatario non vi abbia rimediato nei quindici giorni successivi al ricevimento dell'invito ad adempiere da parte della Banca";

quest'ultima clausola è troppo generica, in quanto, secondo la giurisprudenza e la dottrina, la clausola risolutiva espressa deve prevedere ipotesi specifiche di inadempimento (in mancanza di detto requisito la clausola sarebbe inefficace); inoltre, la clausola potrebbe essere ritenuta vessatoria sotto un altro profilo: di fatto, consentirebbe alla banca di recedere unilateralmente dal contratto di mutuo, violando la disposizione della lettera g) dell'art. 33, in base alla quale "si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di (...) riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto";

VI. clausole che limitino la facoltà del fideiussore di opporre eccezioni al creditore (ad esempio, l'eccezione di invalidità dell'obbligazione principale, l'eccezione di mancata preventiva escussione del debitore principale, l'eccezione di mancata proposizione di istanze giudiziarie da parte del fideiussore e varie altre); tuttavia, ad un'analisi più attenta, in questi casi non si è in presenza di una fideiussione; come è stato giustamente osservato ⁽¹¹⁸⁾, la disciplina complessiva di questi negozi è tale da far ritenere più corretta una loro qualificazione (o riqualificazione) in termini di contratto autonomo di garanzia atipico;

VII. altra clausola vessatoria, sia perchè dispone una decadenza non prevista dalla legge, sia per l'estrema genericità e ampiezza dei presupposti:

si prevede la decadenza dal beneficio del termine in caso di "inadempimento ad ogni altro diverso obbligo previsto a carico della Parte mutuataria dal contratto e dal presente capitolato o dipendente da altre operazioni di mutuo in

corso con la stessa Banca mutuante e garantite ipotecariamente sugli stessi immobili";

VIII. altra clausola vessatoria:

si prevede la decadenza dal beneficio del termine in caso di "mancato immediato avviso alla Banca, con lettera raccomandata, di ogni cambiamento del proprio domicilio" da parte del mutuatario

ALTRE CLAUSOLE VESSATORIE (art. 33 comma 1)

Vi sono poi altre ipotesi di possibili clausole vessatorie, suscettibili di rientrare nell'ambito applicativo della disposizione (a carattere più generale) dell'**art. 33, comma 1**, il quale dispone: "Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un **significativo squilibrio** dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto."

CLAUSOLE CHE CONSENTONO DI VENDERE TITOLI "AL MEGLIO"

Un esempio:

- clausole che prevedano che, in caso di **morosità** del mutuatario o di inizio di procedure esecutive sugli immobili ipotecati, la banca possa imputare in conto di quanto ad essa dovuto "i titoli di pertinenza della Parte mutuataria che si trovassero presso la Banca medesima", aggiungendo che detti titoli "dovranno intendersi (...) ceduti "pro-solvendo" alla Banca mutuante, la quale avrà la **facoltà di vendere i titoli** stessi al meglio per imputarne come sopra il loro ricavato"; a detta clausola si può obiettare che esiste il principio secondo il quale il creditore può utilizzare le procedure esecutive previste in modo tassativo dall'ordinamento, disciplinate da regole rigorose dettate anche a tutela della "*par condicio creditorum*" (detto principio è stato affermato, fra l'altro, in alcune pronunce in materia di patto commissorio, anche se va riconosciuto che è aperta la discussione sull'argomento); a detta obiezione la banca può replicare ricordando la disciplina dettata in tema di pegno irregolare o qualificando la clausola come un mandato ad alienare anche nell'interesse del mandatario e sottoposto a condizione sospensiva. Il richiamo al pegno irregolare è pertinente, con l'avvertenza che - in sede di esecuzione del contratto - il creditore dovrebbe comunque rispettare i principii affermatasi con riguardo a detto schema negoziale.

CLAUSOLE CHE ABBIANO PER EFFETTO L'ADESIONE A CLAUSOLE NON CONOSCIUTE (art. 36 comma 2)

A norma dell'art. 36, comma 2: "Sono nulle le clausole che, quantunque og-

getto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di: (...)

c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto" (si noti che dette clausole rientrano nella "black list" o lista nera).

Possono rientrare in questa ipotesi le clausole che abbiano l'effetto di aggirare le disposizioni previste in materia di obblighi di informativa precontrattuale, obblighi posti a carico della banca al fine di tutelare il diritto del cliente ad un'adeguata informazione. Il mutuatario ha diritto all'informativa precontrattuale e detto diritto deve essere rispettato nella sostanza, senza che possano servire clausole di stile che affermino (senza riscontro) l'avvenuto rispetto delle norme in materia.

Per connessione di argomento, si rinvia al commento alle clausole illustrate nel paragrafo successivo.

CLAUSOLE CONTENENTI DICHIARAZIONI DEL MUTUATARIO RELATIVE ALL'INFORMATIVA PRECONTRATTUALE

Al fine di garantire l'informazione precontrattuale, la normativa ⁽¹¹⁹⁾ prevede che il cliente (nelle ipotesi che ora ci interessano, il mutuatario o il fideiussore) ha il diritto di ottenere, prima della conclusione del contratto, "una copia completa del testo contrattuale idonea per la stipula per una ponderata valutazione del contenuto".

E' necessario quindi esaminare le clausole che abbiano il seguente contenuto (o un contenuto analogo): "la parte mutuataria dichiara di essersi avvalsa [oppure di non essersi avvalsa] del proprio diritto di avere preventiva conoscenza del contratto".

Dette clausole sono inopportune, come è stato chiarito dalla dottrina che più ha approfondito la materia ⁽¹²⁰⁾.

La circostanza che il mutuatario si sia avvalso o non si sia avvalso del diritto di avere l'informativa precontrattuale (nella quale è compresa una copia del testo contrattuale) è un dato che riguarda la fase precontrattuale, ossia la fase anteriore alla stipula; pertanto, le dichiarazioni del mutuatario in ordine al fatto di essersi avvalso o meno di tale diritto non dovrebbero trovare la propria sede nel testo del mutuo; dette dichiarazioni potrebbero essere volte a preconstituire un elemento di prova a favore della banca, potrebbero essere clausole di stile o potrebbero essere intrinsecamente non veritiere. Dichiarazioni del tenore descritto trovano la sede propria nella documentazione che la banca sottopone per la firma al mutuatario prima del mutuo, in un contesto diverso e distinto dalla stipula. Inoltre, se è inopportuno l'inserimento nell'atto di mutuo di dichiarazioni del genere (sia in ordine al fatto di essersi avvalso sia in ordine al fatto di non essersi avvalso), è in ogni caso da evitare

l'inserimento di dichiarazioni in ordine al fatto che il mutuatario non si sia avvalso del diritto all'informativa precontrattuale; ciò in quanto, come si è illustrato nel paragrafo 7.1, il diritto all'informativa precontrattuale è un diritto irrinunciabile del mutuatario (che sia consumatore), protetto da una sanzione di nullità, ai sensi dell'art. 143, comma 1, del Codice del Consumo, letto alla luce di quanto dispone l'art. 2 dello stesso Codice (con particolare riferimento alle lettere c) ed e) del comma 2) (disposizioni di principio che devono essere integrate dalle disposizioni contenute nel Testo Unico Bancario e da quelle più specifiche emanate dal Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio e dalla Banca d'Italia).

CLAUSOLA CHE PREVEDE UN'IPOTECA INTEGRATIVA (art. 33 comma 1 e anche lettera t del comma 2)

Si è riscontrata una pattuizione del seguente tenore.

Nel mutuo è contenuta la seguente clausola: "dalla parte mutuataria viene concessa ipoteca integrativa sui beni sopra indicati per l'importo, alle condizioni e nei casi di cui all'art. 5 delle condizioni generali, del quale la parte medesima accetta espressamente tutte le pattuizioni";

nell'art. 5 del Capitolato è contenuta la seguente clausola: "La banca - qualora il suo credito derivante da mutuo ipotecario diventi, per qualsiasi ragione, superiore all'ipoteca iscritta in forza del contratto medesimo – al fine di cautelarsi per il credito non garantito dall'ipoteca predetta, ha la facoltà di iscrivere sugli stessi beni, o anche su parte di essi, oggetto dell'ipoteca principale concessa a garanzia del mutuo, ipoteca integrativa a cautela del credito costituito dalle rate del mutuo, dai relativi interessi maturati e maturandi e dagli accessori, credito che non sia garantito dall'ipoteca principale, in quanto eccedente l'importo della somma per cui la stessa è stata iscritta. L'ipoteca integrativa potrà essere iscritta per l'importo che la stessa banca riterrà necessario, per tutelare il suo credito, al tasso di interesse e con le condizioni tutte, anche di esigibilità, del mutuo originario. L'importo dell'ipoteca integrativa non potrà comunque essere superiore a quello dell'ipoteca principale. Il conservatore dei registri immobiliari resta inoltre autorizzato ad iscrivere l'ipoteca integrativa di cui sopra senza dover effettuare alcuna verifica sull'effettiva sussistenza di un maggior credito e sulla concreta determinazione di tale maggior credito da cautelare, senza alcuna responsabilità da parte sua."

Si tratta di un'ipoteca integrativa, alla quale la banca ricorre per tutelarsi di fronte ad eventuali incrementi del credito che ne innalzino l'importo complessivo oltre la somma dell'iscrizione originaria.

Detta clausola non è invalida, ma può essere vessatoria. Come è stato osservato in dottrina ⁽¹²¹⁾, quando la banca, già nel contratto si assicuri il diritto di procedere ad una ulteriore iscrizione, allora l'ipoteca che dovesse venire iscritta trove-

rebbe il proprio fondamento nel medesimo titolo di quella originaria. La clausola ha un ridotto riscontro pratico, in quanto può essere apposta solo al di fuori dei mutui fondiari indicizzati (per i quali vi è una clausola legale di adeguamento).

Si è rilevato che non vi è alcuna incompatibilità logica tra pluralità di ipoteche e unicità del loro titolo e che la circostanza che la determinazione dell'importo della nuova iscrizione sia rinviata al momento dell'esecuzione della formalità è consentita dall'art. 2838, comma 1, c.c.. La dottrina citata ha precisato che la nuova iscrizione deve essere comunque eseguita rispettando i canoni generali di correttezza e buona fede; per esemplificare, se si verifica un imprevisto aumento dei tassi di interesse, la nuova iscrizione si deve ritenere consentita entro un importo percentuale (della somma in origine iscritta a garanzia degli interessi) che sia determinato in rapporto alla misura percentuale dell'aumento dei tassi; né si può escludere a priori che la nuova iscrizione possa essere presa anche per un importo superiore, purché essa sia contenuta entro l'importo dei soli incrementi futuri ragionevolmente prevedibili. Dette precisazioni valgono anche se la clausola indica l'importo massimo della nuova iscrizione (come nell'esempio sopra riportato), perché anche in tal caso l'importo deve essere determinato secondo buona fede.

E' possibile che la clausola, pur valida, sia in concreto vessatoria.

E' stato osservato che la clausola comporta per il debitore l'assunzione dell'obbligo a non porre in essere comportamenti idonei a vanificare l'esercizio del diritto (ad effettuare la nuova iscrizione) da parte del creditore; ne conseguirebbe che, sino all'estinzione del mutuo, il mutuatario non potrebbe alienare l'immobile né disporne in modo tale da pregiudicare la possibilità della banca di effettuare la nuova iscrizione. Sotto questo aspetto, la clausola potrebbe rientrare nella lettera t) del comma 2 dell'art. 33, in quanto avente per effetto una restrizione alla libertà contrattuale.

Qualora la banca, in forza della clausola, effettui la nuova iscrizione per l'importo massimo, in modo contrario ai doveri di buona fede (ad esempio, perché le circostanze concrete e la situazione del mercato non imponevano di utilizzare tutto l'importo massimo in origine consentito), il mutuatario può eccepire la violazione, dal parte della banca stessa, dell'obbligo di comportarsi secondo correttezza (buona fede oggettiva) in fase di esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).

9. Considerazioni operative

Un primo profilo che merita di essere esaminato è quello di eventuali menzioni in atto (di carattere generico) che possano in qualche modo attenuare la pericolosità di clausole che si pongono in contrasto con il codice del consumo.

Non vi è dubbio che a tali menzioni, miranti ad evidenziare la consapevolezza

delle parti circa gli effetti e le conseguenze della nuova disciplina, vada riconosciuto un significato di chiarificazione dei rischi insiti nella contrattazione standardizzata, ma nel contempo questa menzione può aver rilievo sul versante della diligenza professionale del Notaio, e non certo sul versante della validità o meno delle clausole contrattuali "pericolose" (122).

Nel contempo, se è pur vero che non può certo farsi carico al Notaio di svolgere indagini (dall'esito peraltro totalmente incerto) sulla esistenza o meno della trattativa pre-contrattuale, va anche considerato che vi è un obbligo di diligenza minima che impone allo stesso Notaio di rendere edotte le parti sull'esistenza della disciplina del Codice del consumo e sulle conseguenze che detta disciplina può avere sulla validità e sull'efficacia delle clausole contrattuali.

L'assolvimento, da parte del Notaio, di tale obbligo di diligenza, anche in funzione anti-processuale, può esplicitarsi attraverso modalità differenti.

In primo luogo l'intervento del Notaio può condurre, a seguito della informazione e della consulenza dallo stesso fornita sulla disciplina del Codice del consumo, alla modifica o rettifica di alcune clausole; pertanto tale intervento potrà essere considerato rilevante nel senso di aver favorito e provocato la negoziazione delle clausole (123).

Nel contempo, non può non evidenziarsi che se, a seguito delle osservazioni del Notaio, le parti intendano comunque concludere l'originario contratto, il Notaio dovrà prestare obbligatoriamente il suo ministero, ai sensi dell'art. 27 della Legge Notarile, considerato, come emerso in precedenza, che la nullità di tali clausole non comporta in nessun caso la nullità dell'intero contratto.

Nella pratica può verificarsi l'ipotesi della disponibilità, da parte degli istituti bancari, ad apportare variazioni ai testi contrattuali, accompagnata, però, dall'assoluta indisponibilità ad apportare correzioni ai capitoli prestampati delle condizioni generali e normalmente allegati ai mutui stessi.

In realtà spesso proprio nei capitoli allegati sono contenute le clausole che possono porsi in contrasto con le disposizioni del Codice del consumo.

A livello operativo può prevedersi (soluzione peraltro già adottata da una Banca di primaria rilevanza nazionale) una clausola (suggerita dal Notaio) nel testo contrattuale, la quale preveda (senza modificare materialmente il prestampato allegato all'atto contenente le "condizioni generali") che determinati articoli del capitolo non trovino in ogni caso applicazione e vadano considerati espunti del capitolo stesso, trattandosi di finanziamento rientrante nella disciplina del Codice del consumo (124).

In secondo luogo il ruolo di supporto nei confronti dei contraenti potrà essere assolto dal Notaio durante la lettura dell'atto, nel senso che, ove ciò sia necessario

od opportuno, talune clausole dovranno essere illustrate e chiarite con precisione quanto al loro contenuto, anche in relazione alle disposizioni del Codice del consumo.

In terzo luogo, il dovere di informazione del Notaio può assumere un rilievo più significativo ove lo stesso venga assolto in via preventiva rispetto alla conclusione del contratto.

In effetti appare improbabile che le osservazioni avanzate dal Notaio unicamente in sede di conclusione del contratto di mutuo possano trovare immediato riscontro e recepimento operativo ad opera delle parti.

Da un lato, infatti, per gli istituti bancari non è agevole modificare in sede di stipula il testo contrattuale, considerato che le ipotesi di modifica, quasi sempre, devono essere vagliate dagli uffici legali delle banche stesse e ciò evidentemente richiede un tempo incompatibile con quello immediato della conclusione del contratto.

Dall'altro lato, in quanto il mutuatario, anche se non opportunamente informato in via preventiva in ordine al contenuto delle clausole contrattuali, in sede di conclusione del contratto ha l'interesse primario ad ottenere la disponibilità della somma concessa a mutuo dalla Banca, e pertanto tale interesse rischia di travolgere qualsiasi ulteriore considerazione, anche se relativa alla tutela della sua posizione individuale.

Queste considerazioni hanno indotto a valutare l'opportunità di un intervento preventivo del Notaio rispetto al momento della lettura, sottoscrizione e conclusione del contratto di mutuo.

Probabilmente, uno degli strumenti che possono consentire al Notaio di rivestire una funzione rilevante per garantire la conoscenza della disciplina di protezione prevista dal Codice del consumo ed eventualmente per favorire l'eliminazione di alcune clausole abusive (salva sempre, come più volte detto, la impossibilità per il Notaio di intervenire sulla trattativa individuale che riguarda esclusivamente le parti), è quello della relazione preliminare ipo-catastale che viene di regola redatta in anticipo rispetto alla conclusione del contratto di mutuo.

In tale relazione il Notaio potrebbe richiamare l'attenzione delle parti sulla disciplina del Codice del consumo e sulle conseguenze di detta disciplina sulla validità e sull'efficacia delle clausole contrattuali.

In questa prospettiva operativa, la relazione preliminare sarà trasmessa - in via anticipata rispetto alla data fissata per la conclusione del contratto - sia alla Banca (naturale destinatario anche per le attestazioni ipo-catastali inerenti il bene da concedere in ipoteca), sia alla parte mutuataria, per le opportune valutazioni.

Questa attività, si ribadisce, non può integrare gli estremi di una trattativa (come prevista dal Codice del consumo), ma ben potrà favorire l'emergere di una

trattativa tra professionista e consumatore, a seguito dell'esame delle informazioni contenute nella relazione notarile preliminare ⁽¹²⁵⁾. Se, nonostante l'esame della relazione notarile, le parti convengano di concludere ugualmente il contratto alle originarie condizioni predisposte dal professionista, nessun problema potrà sorgere per il Notaio che stipuli il contratto di mutuo, in quanto lo stesso Notaio avrà assolto il suo dovere di informazione e nel contempo non sarà pregiudicato l'intero contratto (senza quindi che possa parlarsi di applicazione dell'art. 28 L. Not.), per quanto osservato in precedenza in ordine alla natura ed all'ambito della nullità di protezione.

Enrico Bevilacqua e Michele Labriola

-
- 1) Per una ricostruzione storica sui contratti di massa, prima dell'introduzione del codice civile del 1942 e successivamente fino ai tempi recenti, v. G. Alpa, voce Contratti di massa, in Enc. dir., Aggiornamento I, Milano, 1997, 403.
 - 2) La nozione del contratto per adesione è stata elaborata dalla dottrina francese, particolarmente attenta alle esigenze equitative nell'ambito contrattuale. In Italia, fra gli altri, v. A. Giordano, I contratti per adesione, Milano, 1951, 7, e F. Messineo, voce Contratto normativo, in Enc. dir., Milano, 1962, 128.
 - 3) In questo senso, A. Genovese, voce Condizioni generali di contratto, in Enc. dir., Milano, 1961, 802; R. Scognamiglio, Dei contratti in generale, Disposizioni preliminari - Requisiti del contratto, in Comm. del Cod. Civ. a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, 246; G. Mirabelli, Dei contratti in generale, Torino, 1980, 132.
 - 4) Cfr. G. Mirabelli, Dei contratti in generale, cit., 135, al quale si rinvia per una più ampia ed articolata disamina degli orientamenti teorici in ordine all'interpretazione degli articoli 1341 - 1342 c.c..
 - 5) La circostanza che, affinché possa parlarsi di "condizioni generali", le clausole debbano valere per una serie indefinita di contratti, è chiarita da G. De Nova, Le condizioni generali di contratto, in Trattato dir. priv., diretto da P. Rescigno, 10, Torino, 1997, 115. In giurisprudenza, nello stesso senso, v. Cass. Sez. Un. 25 novembre 1993 n. 11648, in Foro it., 1994, I, 748.
 - 6) V. C. Maiorca, voce Contratti standard, in Noviss. dig. it., Appendice, II, Torino, 1981, 617. Riesamina questo problema E. Capobianco, La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori (artt. 1469bis - 1469sexies c.c.), in Vita not., 1996, 1146.
 - 7) Cfr. Cass., sez. I, 21 settembre 2004 n. 18917, in Rep. Foro it., 2004, 928, n. 367. Analogamente, con riguardo ad un contratto di finanziamento, Cass., sez. I, 28 agosto 2004 n. 17289, in Rep. Foro it., 2004, 928, n. 369.
 - 8) Così, tra le altre, anche Cass., Sez. Un., 10 gennaio 1992 n. 193, in Vita not., 1992, 761.
 - 9) In dottrina, sulle stesse posizioni v. C.M. Bianca, Diritto civile, III, Il contratto, Milano, 1987, 361.
 - 10) Chiaramente sul punto, al fine di escludere alcuna conseguenza formale sulla tecnica della stipulazione notarile, cfr. S. Tondo, Evoluzione nella disciplina giuridica dei contratti per adesione, in Studi e materiali, Cons. Naz. Not., 5.2, Milano, 1998, 804 e 809, nonché in Riv. not., 1995, 7.
 - 11) In via del tutto esemplificativa, è ricorrente che si sottopongano ad approvazione specifica in un autonomo articolo del contratto, e facendo espresso richiamo agli artt. 1341 - 1342, anche clausole contrattuali oltre che clausole dei capitolati di condizioni generali allegati al contratto stesso,

quali (tra gli altri):

- obblighi vari dei mutuatari e dei garanti;
- disposizioni relative all'ipoteca ed all'accollo;
- interessi di mora;
- spese e commissioni non specificate in contratto;
- modifiche delle condizioni economiche;
- estinzione anticipata;
- cause di risoluzione del contratto;
- rimborso anticipato e generale;
- condizioni generali di fidejussione;
- spese e regime fiscale.

In particolare, nel testo contrattuale di più Banche di primaria rilevanza nazionale, è previsto che la clausola inerente la "Facoltà della Banca di variare le spese" (contenuta nel contratto) venga approvata ai sensi dell'art. 1341 c.c., oltre che dell'art. 117, V co., T.U. bancario.

- 12)** Sul punto, cfr. C. Falzone - A. Alibrandi, voce Allegati all'atto notarile, in Dir. Encicl. not., Roma, 1973, 80. Per una interessante disamina del problema degli allegati all'atto notarile, della dispensa dalla loro lettura e del requisito della conoscibilità, v. P.L. Fausti, Contratti bancari di finanziamento e intervento del notaio, in Notariato, 5/1996, 478.

Più in generale sul rapporto tra atto ed allegato, v. G. Baralis, Atto pubblico e contrattazione semplificata, in Riv. not., 1978, 742, il quale conclude ritenendo che il sistema dell'allegazione all'atto pubblico presenti una affinità con il sistema della relatio formale.

- 13)** Cass. 24 aprile 1964 n. 1005, in Giur. it., 1965, I, 72, secondo la quale "si versa fuori dell'ipotesi del contratto per adesione e non è perciò richiesta la specifica approvazione delle clausole cosiddette onerose nel caso in cui il contratto venga redatto per atto pubblico, dato che il testo contrattuale viene letto e approvato in tutte le sue parti".
- 14)** V. L. Miserocchi, E' applicabile ai contratti stipulato per atto pubblico l'art. 1341 c.c.?, in Rolandino monitore del notariato, 1966, 95.
- 15)** Lo stesso L. Miserocchi, E' applicabile, cit., 96, precisa che la "specificata approvazione" non può essere sostituita, in tale ipotesi, da una approvazione generica, magari contenuta nel "richiesto" dell'atto stesso.
- 16)** Cfr. G. Baralis, Atto pubblico, cit. 752.
- 17)** Sul punto, G. Baralis, Atto pubblico, cit. 753; E. Marmocchi, Atto pubblico e condizioni generali di contratto, in Banca, borsa e titoli di credito, 1970, 401.

- 18)** V. G. Tatarano, Clausole vessatorie e atto notarile. Osservazioni sul ruolo del Notaio nella contrattazione standardizzata, in Scritti in onore di G. Capozzi, Milano, 1992, 1196.

Per questo A., l'adempimento dell'onere di specifica approvazione va realizzato nel corpo dell'atto pubblico, mediante una dichiarazione ad hoc, non potendo ritenersi che l'approvazione dell'atto, contenuta nel "richiesto", possa assolvere a tale funzione (approvazione finale, peraltro, non richiesta dalle norme formali concernenti l'atto pubblico, bensì dall'art. 67 del regolamento notarile, norma regolamentare sprovvista di sanzione).

Analogamente sul punto, E. Marmocchi, Atto pubblico, cit. 369.

- 19)** Cfr. Cass. 29 settembre 1984 n. 4832, in Società, 12/1984, 1330, inerente, però, ai contratti stipulati dalla pubblica amministrazione ed in particolare ai rapporti tra condizioni generali e procedura di licitazione privata.

Per questa sentenza, l'efficacia delle clausole che stabiliscono a favore della P.A., in un contratto di appalto con licitazione privata, limiti di responsabilità, vanno approvate per iscritto ai sensi dell'art. 1341, II co. c.c.,

Questa sentenza è stata salutata come un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale da parte di E. Marmocchi, Condizioni generali nella vendita di edifici e condominio, in La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive, II, Milano, 1986, 371; sulle stesse posizioni, più di recente, S. Monticelli, Atto Pubblico e clausole vessatorie, in Notariato, 1/1998, 85.

In realtà, l'orientamento dominante in giurisprudenza negli anni a seguire è rimasto di segno opposto.

Contra, per un ridimensionamento della portata di questa sentenza con riguardo al tema in ogget-

- to, v. S. Tondo, *Evoluzione nella disciplina*, cit., 804, nota 20.
- 20)** V. P. Piccoli, *Riflessi sull'attività notarile della normativa di cui alla legge 6 febbraio 1996 n. 52 (Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, in *Vita Not.*, 1996, 1097-1098.
Nello stesso senso, F.D. Busnelli e U. Morello, *La direttiva 93/13 CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, 383.
- 21)** V. G. Alpa, *I contratti dei consumatori. Diritto comunitario e novellazione del codice civile*, in *Vita Not.*, 1996, 1135.
- 22)** Conforme G.F. Condò, *Condizioni generali di contratto, clausole vessatorie, clausole abusive e intervento del notaio*, in *Federnotizie*, 2/1997, 73.
- 23)** In questo senso, G. Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, 162.
- 24)** Cfr. U. Morello, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato* 3/1996, 295, seppur con riguardo alla Legge n. 52 del 1996.
Sulla "trasparenza" quale strumento per superare l'asimmetria informativa insita nei contratti bancari, v. F. Capriglione, *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2006, 37.
- 25)** Sul punto, cfr. V. Mariconda, *Il Codice del consumo*, in *Corr. merito*, 1/2006, 15, per il quale il provvedimento legislativo in esame si segnala per la notevole opera di coordinamento e di razionalizzazione della normativa formatasi negli ultimi quindici anni (anche in sede comunitaria), al fine della tutela del consumatore.
La stessa relazione illustrativa precisa che il Codice si prefigge l'obiettivo di riorganizzare in ordine sistematico numerose leggi, per dare adeguata risposta al "comune disagio provocato da una produzione normativa spesso torrentizia e poco ordinaria".
Analogamente, F. Di Marzio, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 839, che definisce il Codice del consumo come "il primo tentativo di sistematizzare il diritto contrattuale diseguale", nel nostro Paese.
Sul punto, v. anche A. Palmieri: *Arriva il Codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) completa tra addii ed innovazioni*, in *Foro it.*, 2/2006, V, 78.
- 26)** Orientamento decisamente prevalente. Tra gli altri, v. G. Chinè, voce *Consumatore (contratti del)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento IV, Milano, 2000, 402.
- 27)** Cfr. C. Maiorca, *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina generale dei "contratti del consumatore"*, Torino, 1998, 16.
- 28)** V. Corte cost. 30 giugno 1999 n. 282, in *Giust. civ.*, 2000, 1928.
- 29)** In questo senso, v. Corte di Giust. C.E., Sez. IV, 3 luglio 1997, in *Giust. Civ.*, 1999, 13, con nota di V. Corea, *Sulla nozione di "consumatore": il problema dei contratti stipulati a scopi professionali; secondo la quale "non può considerarsi consumatore colui il quale ha stipulato un contratto per l'esercizio di un'attività professionale non attuale ma futura"*, non essendo rilevante che al momento della conclusione del contratto l'attività professionale non era iniziata.
Sul punto, cfr. anche Trib. Roma 20 ottobre 1999, in *Giust. civ.*, 2000, 2117, con altra nota di V. Corea, *Ancora in tema di nozione di "consumatore" e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore; per la quale è comunque consumatore il soggetto che acquista un bene o servizio da utilizzare nell'ambito della sua attività imprenditoriale/professionale, a condizione che nella stessa attività non rientri quella tipologia di contratto stipulato (nella specie si trattava di un contratto di trasporto di un'opera d'arte di uno scultore, ritenuto nel caso di specie "consumatore" dal Tribunale romano)*.
- 30)** Si interroga, tra gli altri, sulla disciplina applicabile all'ipotesi di un contratto avente ad oggetto un bene destinato dalla persona fisica professionista ad un uso promiscuo (sia professionale che familiare), G. Chinè, voce *Consumatore*, cit., 404, il quale opta per la tesi restrittiva della non applicabilità della disciplina a tutela del consumatore, che pare orientata all'alienità dello scopo (totalmente non professionale).
- 31)** Cfr. G. Chinè, voce *Consumatore*, cit., 404.
- 32)** Cfr. tra gli altri, V. Buonocore, voce *Imprenditore (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, 518.
- 33)** In ordine al problema della scelta lessicale operata dal legislatore già nel codice civile (art. 1469-bis ss.) ed oggi nel Codice del consumo con il termine di clausole "vessatorie" in luogo di "abusi-

ve", cfr. F.D. Busnelli, Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1997, 761. Per G. Alpa, I contratti dei consumatori, cit., 1136, invece, le due espressioni devono intendersi omologhe.

- 34) V. per tutti, S. Orlando, La formazione dei patti vessatori nella novella sui contratti dei consumatori, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 731, il quale ritiene sottoposti al controllo di vessatorietà gli elementi accidentali del negozio.
- 35) Sul punto, con riferimento agli artt. 1469-*bis* ss., v. G. De Nova, Le condizioni generali, cit., 136, per le opportune distinzioni tra le due ipotesi.
- 36) Giudizio critico sulla tecnica legislativa, con riferimento ai due concetti esaminati, ed in particolare alla "buona fede", esprimono, tra gli altri, G. Lener, La nuova disciplina, cit., 160; G. Chinè, voce Consumatore, cit., 407; G. De Nova, Le condizioni generali, cit., 137.
- 37) Per Trib. Roma 31 agosto 1998, in *Foro it.*, 1998, I, 3331, non sussiste il significativo squilibrio di diritti ed obblighi laddove le singole clausole, pur prevedendo vantaggi per il predisponente, siano giustificate da esigenze organizzative e gestionali d'impresa.
- 38) Principio generalmente accolto; così, *ex plurimis*, E. Capobianco, La nuova disciplina, cit., 1152. Rilievi critici, invece, muove R. Pardolesi, Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?, in *Foro it.*, 1994, V, 149, per il quale, nel caso concreto, sarà difficile per il giudice prescindere del tutto dal dato economico o dal prezzo del bene dedotto in contratto.
- 39) In questo senso, G. Lener, La nuova disciplina, cit., 160; G. Chinè, voce Consumatore, cit., 408-409; G.M. Uda, La buona fede nelle clausole abusive, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Il codice civile, Commentario*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2003, 122. Contra, invece, U. Morello, Clausole vessatorie, clausole abusive, cit., 290, secondo il quale l'interpretazione è in senso soggettivo: la eventuale mancata consapevolezza del professionista di ledere un diritto altrui è irrilevante e quindi non esclude possibili profili di risarcimento del danno.
Per una interpretazione interessante dell'art. 33 del Codice del consumo, v. il recente studio di E. Scoditti, Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore, in *Riv. dir. civ.*, 1/2006, 119 ss., secondo il quale tale norma porta a compimento il processo di compenetrazione di regole di validità e regole di comportamento, con il conseguente cumulo di tutela da invalidazione (obblighi restitutori) e tutela risarcitoria, in quanto nella regola di validità di cui all'art. 33 è assorbito il principio di correttezza *ex art.* 1137.
- 40) Per F.D. Busnelli, Una possibile traccia, cit., 765, la buona fede oggettiva è il minimo comun denominatore che consente una valutazione del significato negoziale secondo le regole della correttezza, costituendo una delle nozioni di fondo del nostro ordinamento.
- 41) Cfr. tra gli altri, S. Monticelli, Atto pubblico e clausole vessatorie, cit., 85; L.A. Scarano, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, cit., 941.
- 42) Secondo la direttiva comunitaria del 1993, una clausola non è stata oggetto di negoziato individuale quando la stessa sia stata redatta preventivamente (in particolare nell'ambito di un contratto per adesione) ed il consumatore non ha potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto.
- 43) Così, testualmente, F. Angeloni, Responsabilità del notaio e clausole abusive, Milano, 1999, 76
- 44) n tal senso, M. Nuzzo, in *Comm. al capo XIV bis c.c.: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 1168
- 45) Così, L.A. Scarano, in *Clausole vessatorie*, cit., 969-989.
- 46) Cfr. L.A. Scarano, in *Clausole vessatorie*, cit., 974.
- 47) V.M. Costanza, Clausole abusive e atto notarile: che cosa potrebbe cambiare con l'applicazione della direttiva CEE del 5 aprile 1993, in *Vita not.*, 1995, 572, con specifico riguardo al ruolo del Notaio.
- 48) In questo senso, F. Angeloni, Responsabilità del notaio, cit., 76; L.A. Scarano, in *Clausole vessatorie*, cit., 983
- 49) Cfr. Giudice di Pace di Strambino 26 giugno 1997, in *Riv. not.*, 1998, 971, secondo il quale per provare che la clausola è stata oggetto di trattativa individuale non è sufficiente la specifica approvazione per iscritto della clausola vessatoria, ma occorre che il professionista dimostri che le condizioni di contratto potevano essere negoziate e modificate, anche se poi nel concreto nessuna modifica sia avvenuta.

- 50) V.G. Mariconda, Condizioni generali di contratto e atto pubblico, in Clausole abusive e direttive comunitarie, a cura di E. Cesaro, Padova, 1994, 77.
- 51) Cfr. G.F. Condò, Condizioni generali di contratto, cit., 74-75
- 52) In tal senso, U. Morello, Clausole vessatorie, clausole abusive, cit., 284; M. Ceresola, Clausole vessatorie e atto pubblico, in Nuova giur. civ. comm., 4/2005, 601; P. Piccoli, Riflessi sull'attività notarile, cit., 1101; M. Monticelli, Atto pubblico, cit., 84; F. Angeloni, Responsabilità del notaio, cit., 80; L.A. Scarano, in Clausole vessatorie, cit., 993; P.L. Fausti, Il mutuo, in Trattato dir. civ. del C.N.N., diretto da P. Perlingieri, IV, 17, Napoli-Roma, 2004, 18.
- 53) Così M. Monticelli, Atto pubblico, cit., 86.
- 54) In dottrina, l'Autore il quale per primo ha colto ed illustrato la portata normativa degli artt. 2 e 143 del Codice del consumo è P.L. Fausti, Atti del Convegno di Milano del 28 marzo 2006 (in corso di pubblicazione) e Atti del Convegno di Firenze dell'1 aprile 2006 (in corso di pubblicazione). Pertanto, gran parte delle valutazioni esposte nel presente paragrafo 7.1 derivano dalla condivisione, da parte di chi scrive, delle lucide osservazioni esposte dallo stesso P.L. Fausti nelle relazioni da lui svolte ai Convegni citati.
- 55) P.L. Fausti, Atti dei Convegni citati alla nota 1.
- 56) In modo efficace, la dottrina citata richiama anche l'art. 5, comma 3, il quale - al fine di specificare il concetto di informazione adeguata - fa riferimento anche alle "caratteristiche del settore".
- 57) P.L. Fausti, Atti dei Convegni citati alla nota 1.
- 58) Disposizione di fondamentale importanza nel sistema complessivo del Codice del consumo.
- 59) Per lasciare un certo ambito di scelta ai legislatori nazionali in sede di attuazione.
- 60) V. Rizzo, Le clausole "abusive": realtà e prospettive, in Rass. dir. civ., 1993, 593.
- 61) Come si cercherà di spiegare nel prosieguo del discorso.
- 62) G. De Nova, Le clausole vessatorie, Milano, 1996, 41 s.; G. Alpa, Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive, in Nuova giur. civ. comm., 1996, II, 46 s.; U. Morello, Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina, cit., 293 s.; G. Lerner, La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, cit., 156 s.; A. Orestano, L'inefficacia delle clausole vessatorie: "contratto del consumatore" e condizioni generali, in Riv. crit. dir. priv., 1996, 501 s.; G. Chinè, voce Consumatore (contratti del), cit., 419 s..
- 63) G. Cian, Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori, in Studium iuris, 1996, 417; A. Bellelli, Commento all'art. 1469-*quinquies*, 1° e 3° comma, in Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, a cura di G. Alpa e S. Patti, I, Milano, 1997, 683 s.; M. Nuzzo, Art. 1469-*quinquies* - Inefficacia - commi 1° e 3°, in Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova, 1999, 843 s.; G. Passagnoli, Art. 1469-*quinquies*, commi 1, 3 e 5, in Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, 159 s.; C.M. Bianca, Diritto civile, III, Il contratto, 2^a ed., Milano, 2000, 388 s..
- 64) Passa in rassegna tutte le opinioni sul tema A. Orestano, L'inefficacia delle clausole vessatorie, 384 s., in I contratti dei consumatori, E. Gabrielli e E. Minervini (a cura di), tomo I, Torino, 2005.
- 65) Hanno adoperato il termine "inefficacia": Cass. 24 luglio 2001 n. 10086 (in Corr. giur., 2001, 1436); Cass. 20 agosto 2004 n. 16336; Pret. Bologna 20 gennaio 1998 (in Danno resp., 1998, 270); Trib. Palermo 7 aprile 1998 (in Foro it., 1998, I, 1624); Pret. Bologna 6 agosto 1998 (in Foro it., 1999, I, 384); Trib. Foggia 18 ottobre 2001 (in Foro it., 2002, I, 614); Trib. Torino 27 novembre 2001 (in Giur. mer., 2002, 649), pur se nella massima si parla di nullità; Trib. Venezia 11 luglio 2002 (in Danno resp., 2003, 886).
Hanno adoperato il termine "nullità": Cass. 4 aprile 2001 n. 4946 (in Danno resp., 2001, 915), nella quale testualmente si afferma "la clausola (...) è ugualmente da ritenersi "inefficace" (recitius: nulla)"; Trib. Roma 8 marzo 2001 (in Banca borsa tit.cred., 2002, II, 193).
- 66) La rilevabilità d'ufficio da parte del giudice (in mancanza di una disposizione espressa che la preveda) è sostenuta dalla dottrina largamente prevalente. Una volta ammessa la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, è opinione quasi unanime che essa possa essere applicata solo se risponde agli interessi concreti del contraente protetto.
- 67) Come nel caso dell'art. 76 del Codice del consumo (già art. 7 del D.Lgs. 9 novembre 1998 n. 427) (mancata menzione degli estremi della fideiussione nel contratto in materia di multiproprietà) o

nel caso dell'art. 2 del D.Lgs. 20 giugno 2005 n. 122 (mancato rilascio e consegna della fideiussione nel caso di contratti relativi ad immobili da costruire).

- 68)** Come nel caso dell'art. 36 del Codice del consumo (già art. 1469-*quinquies* c.c.) (clausola accertata come vessatoria in un contratto fra professionista e consumatore).
- 69)** Una parte della dottrina ha osservato che possono verificarsi dei casi limite nei quali il mantenimento del contratto non è possibile. Di regola, nell'accertamento della vessatorietà di una clausola, non ha rilievo la determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile (art. 34, comma 2, del Codice del Consumo); in altri termini, lo squilibrio che il legislatore tende ad evitare è uno squilibrio giuridico-regolamentare, non uno squilibrio patrimoniale (il legislatore si ferma prima della valutazione sulla convenienza economica dell'affare, aspetto che lascia alla libertà delle parti); ciò, purché sia rispettato il principio di chiarezza e comprensibilità in ordine agli elementi del contratto (principio di chiarezza derivante, oltre che dall'art. 34, comma 2, anche dall'art. 35, comma 1). Può accadere che, per mancanza di chiarezza, sia espunta dal contratto una clausola che riguardi il bene che costituisce l'oggetto (in senso stretto) del contratto, ad esempio il bene oggetto di una compravendita; in questo caso, viene meno un elemento essenziale della struttura del contratto, non soccorrono norme integrative e, di conseguenza, il mantenimento del contratto non è possibile.
- 70)** Si tratta di nullità speciali di protezione, senza alcun dubbio. Riguardo al fatto che si tratti di ipotesi di nullità relativa, è opportuna una precisazione: nel caso dell'art. 1519-*octies* c.c., la legittimazione attiva limitata al soggetto protetto (unita alla rilevabilità d'ufficio) è sancita espressamente dalla disposizione; nel caso dell'art. 7 del D.Lgs. n. 231/2002, la legittimazione attiva limitata è pacifica in dottrina, per la chiarezza del contesto normativo e della *ratio legis* (vedi al riguardo A. La Spina, La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 152-153).
- 71)** Parere del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, emesso nell'Adunanza del 20 dicembre 2004, paragrafo 7.2.
- 72)** Non è questa la sede per riportare dette argomentazioni, ma sia consentito di segnalare almeno due aspetti:
- a) le interessanti valutazioni svolte in ordine alla "frantumazione della categoria (in passato unitaria) della nullità",
 - b) l'affermazione secondo la quale "la qualificazione in termini di nullità è in definitiva necessaria nell'ottica del coordinamento delle disposizioni vigenti e, soprattutto, allo scopo di assicurare un livello pieno ed effettivo di tutela del consumatore".
- 73)** G. Casu, Il compito del notaio alla luce delle recenti norme in tema di nullità di protezione, *Studio n. 6057/C* (approvato dal C.N.N. il 12 gennaio 2006, pubblicato sul *Notiziario* del 2 febbraio 2006), paragrafo 6.
- 74)** V. Scalisi, Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 489 s..
- 75)** Dovuto anche alla maggiore complessità e alla maggiore articolazione dell'attuale contesto economico-sociale.
- 76)** Afferma che sono norme speciali (e non eccezionali), suscettibili di applicazione analogica, *Pret. Bologna* 4 gennaio 1999, in *Corr. giur.*, 1999, 600, con nota adesiva di G. Gioia, e in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, 726 s., con nota di A.V. Guccione; la fattispecie riguardava la nullità relativa per violazione delle norme sulla trasparenza dei contratti bancari, ai sensi dell'art. 127, comma 2, del D.Lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (Testo Unico Bancario).
- 77)** Il fenomeno che il legislatore (prima europeo o poi nazionale) vuole evitare è il seguente. L'imprenditore A, meno competitivo dell'imprenditore B (poiché non riesce a comprimere i costi e non agisce sull'organizzazione interna e sull'innovazione tecnologica), impone ai consumatori dei contratti più vessatori - rispetto ai contratti imposti dall'imprenditore B - e riesce ad annullare lo svantaggio in termini di competitività (che ha nei confronti dello stesso B) perché scarica sui consumatori contraenti-aderenti i rischi contrattuali, con l'effetto di scaricare sugli stessi anche una parte dei propri costi; pertanto, lo squilibrio contrattuale fra l'imprenditore ed il consumatore penalizza non solo quest'ultimo ma anche l'imprenditore più competitivo che non ha bisogno di im-

porre contratti (altrettanto) squilibrati.

Detto fenomeno è stato descritto in dottrina; vedi V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato dir. priv. G. Iudica e P. Zatti*, Milano, 2001, 903-904, il quale afferma: "impedire le prevaricazioni dei contraenti "forti" sui "deboli" consente di *selezionare fra imprese più efficienti e imprese meno efficienti*: significa far prevalere sul mercato le imprese che per il loro successo puntano non sull'abuso di posizioni dominanti ma sul miglioramento della qualità e sul contenimento dei prezzi resi possibili dall'innovazione tecnologica, dalla riduzione dei costi interni, dalla razionalizzazione dei processi produttivi e distributivi; significa, in breve, un mercato che garantisce la migliore efficienza nell'allocazione delle risorse"; vedi anche A. Orestano, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., 399-400, il quale aggiunge: "la tutela del mercato e della concorrenza è dunque destinata ad intersecarsi con la protezione del singolo consumatore contraente".

- 78) E' il Parere citato alla nota 71.
- 79) Vedi il paragrafo 7.1.
- 80) Alla pluralità delle opinioni espresse in dottrina contribuisce anche la circostanza che, al momento, mancano indirizzi giurisprudenziali sull'aspetto illustrato.
- 81) Pret. Bologna 4 gennaio 1999, citata alla nota 76.
- 82) V. Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 507; G. Gioia, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contratto e impresa*, 1999, 1332 s.; G. Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, 245-246.
- 83) G. Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 902 s..
- 84) L'osservazione è di G. Petrelli, op. cit., 246, il quale cita A. Orestano, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: "contratti del consumatore" e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 510 s..
- 85) La dottrina afferma anche l'esistenza, in capo al soggetto protetto, di un diritto alla rinegoziazione del contratto, al fine di renderlo conforme a legge.
- 86) V. Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 503; S. Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 18 s.; G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 41 s. e 173 s.; G. De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 s. e 451-452; G. Petrelli, op. cit., 181-182 (il quale precisa che va accertata la natura - generale o meno - dell'interesse tutelato, ma va accertato anche il grado di lesione dell'interesse medesimo, in quanto la sanzione di nullità è congrua nella misura in cui essa possa ritenersi proporzionata rispetto all'entità della lesione, alla luce di un principio di proporzionalità che deriva anche dall'art. 1371 c.c.; in altri termini, talvolta non si ha nullità virtuale non perchè la norma violata non sia imperativa ma perchè il contrasto - con l'interesse tutelato - non è rilevante; queste precisazioni sono alle p. 191-192).
- 87) L'affermazione è contenuta nel Parere citato alla nota 71.
- 88) P. Sirena, in *AA.VV.*, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. Alpa e S. Patti, t. 1, 123 s. e in particolare 128.
- 89) C.M. Bianca, *Diritto civile, III, "Il contratto"*, Milano, ristampa 2001, 381, nota 34.
- 90) L.A. Scarano, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, cit., 957 e 964-965; G. Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, cit., 155; A. Barengi, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, vol. II, Padova, 1997, 630.
- 91) E' opinione ampiamente prevalente ma non unanime perchè alcuni Autori hanno espresso valutazioni diverse.
- 92) A. Bellelli, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, cit., 1037-1038.
- 93) P.L. Fausti, *Il mutuo*, cit., 19-22.
- 94) Vedi anche App. Roma 24 settembre 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, 475 s. (pronunciata a seguito di un'azione inibitoria promossa da associazioni di consumatori), la quale tiene distinti i due giudizi.
- 95) E' significativa l'attenzione che la giurisprudenza ha prestato all'obbligo di consulenza del notaio. La Suprema Corte ha affermato che rientrano nell'oggetto del contratto d'opera concluso dal notaio le attività concernenti le condizioni di validità e di perfezione del negozio, "ossia quelle necessarie perchè l'atto possa realizzare il suo scopo tipico e quindi sia idoneo a produrre il risultato

pratico perseguito. Tra esse è compresa la stessa attività di consulenza in relazione allo scopo tipico dell'atto. Ciò costituisce l'applicazione della regola dell'integrazione del contratto a norma dell'art. 1374 c.c." (Cass. 15 giugno 1999, in Riv. not., 2000, 137).

- 96)** Nel Codice deontologico, titolo II (della prestazione), capo II (della esecuzione), al punto 42, si afferma:
- "In particolare il notaio è tenuto a svolgere in modo adeguato e fattivo le seguenti attività:
- a) informare le parti sulle possibili conseguenze della prestazione richiesta, in tutti gli aspetti della normale indagine giuridica demandatagli e consigliare professionalmente le stesse, anche con la proposizione di impostazioni autonome rispetto alla loro volontà e intenzione;
 - b) scegliere la forma giuridica più adeguata alle decisioni assunte dalle parti, accertandone la legalità e la reciproca congruenza, svolgendo le richieste attività preparatorie e dirigendo quindi la formazione dell'atto nel modo tecnicamente più idoneo per la stabilità del rapporto che ne deriva e per la completa efficacia dell'atto;
 - c) dare alle parti i chiarimenti richiesti o ritenuti utili a integrazione della lettura dell'atto, per garantire ad esse il riscontro con le decisioni assunte e la consapevolezza del valore giuridicamente rilevante dell'atto, con speciale riguardo ad obblighi e garanzie particolari e a clausole di esonerazione o limitative di responsabilità, nonché agli adempimenti che possono derivare dall'atto, valendosi per questo ultimo aspetto anche di separata documentazione illustrativa."
- 97)** E' opportuno precisare, riguardo a detta ipotesi, che in dottrina sono presenti due ipotesi ricostruttive: a) quella (citata nel testo) secondo la quale la trattativa individuale determina la non vessatorietà della clausola; b) quella secondo la quale la trattativa individuale è un'esimente, la quale comporta la non applicabilità della disciplina di tutela pur in presenza di una clausola che (di per sé) resta vessatoria; in altri termini, in presenza della trattativa, mancherebbe un presupposto necessario ai fini dell'applicazione delle norme di tutela. Non sembra che l'adesione all'una o all'altra ricostruzione determini conseguenze pratiche.
- 98)** Studi in tema di mutui ipotecari, in Collana Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2001, d'ora in avanti Studi. Gli autori dell'opera collettanea sono M. Avagliano, C. Caccavale, F. Tassinari, A.M. Trimarchi, A. Chizzini, L.F. d'Alessandro, G. De Rosa, D. De Stefano, E. Fabiani, P.L. Fausti, M. Labriola, G. Marasà e M. Mazzola. Il gruppo era coordinato dai notai G. Roveda, M. Mazzola, C. Priore e A. Vullo.
- 99)** A. Chizzini, in Studi, 155-157.
- 100)** Cass. Sez. un. 1 ottobre 2003 n. 14669, in Dir. giust., 2003, nn. 41, 42.
- 101)** A. Chizzini, in Studi, 157.
- 102)** A. Chizzini, in Studi, 159-160.
- 103)** C. Caccavale, Clausola in deroga al diritto di chiedere la cancellazione dell'ipoteca, in AA.VV., Mutui ipotecari - Atti del convegno di Bergamo del 1998, Milano, 1999, 255; A. Chizzini, in Studi, 152-153.
- 104)** A. Chizzini, in Studi, 153; F. Figurelli - M. Vignoli, Cancellazione di ipoteca e obblighi del creditore, in Notariato, 2000, 125.
- 105)** L.F. d'Alessandro, in Studi, 172.
- 106)** G. De Rosa, in Studi, 173-179.
- 107)** G. De Rosa, in Studi, 181-185.
- 108)** D. De Stefano, in Studi, 8.
- 109)** La problematica è accuratamente analizzata da P.L. Fausti, in Mutuo e ius variandi, in Studi, 207-218, e in Il mutuo, cit., 183-204.
- 110)** La dottrina prevalente ritiene che le clausole debbano indicare ipotesi specifiche di "giustificato motivo".
- 111)** P.L. Fausti, in Studi, 209 s..
- 112)** B. Inzitari, in AA.VV., Mutui ipotecari - Atti del convegno di Bergamo del 1998, cit., 111 s..
- 113)** P.L. Fausti, in Studi, 10.
- 114)** E. Capobianco, Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori, Napoli, 2000, 155; F. Briolini, Osservazioni in tema di modifiche unilaterali nella disciplina dei contratti bancari, in Riv. dir. priv., 1998, 292.

- 115)** P. Sirena, Il giudizio di vessatorietà delle clausole, 184, in I contratti dei consumatori, E. Gabrielli e E. Minervini (a cura di), tomo I, Torino, 2005.
- 116)** P.L. Fausti, in Studi, 237-267, e in Il mutuo, cit., 205-243.
- 117)** G. Marasà, in Studi, 315-318.
- 118)** M. Chiostrini, Atti del Convegno di Firenze dell'1 aprile 2006 (in corso di pubblicazione).
- 119)** Circolare della Banca d'Italia in data 25 luglio 2003 (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* in data 19 agosto 2003 n. 191), la quale costituisce l'aggiornamento n. 9 alle Istruzioni di Vigilanza emanate con Circolare della Banca d'Italia in data 21 aprile 1999 n. 229.
- 120)** Per l'importanza dei profili trattati e la lucidità dell'analisi, è opportuno riportare quanto ha scritto al riguardo P.L. Fausti, in Il mutuo, cit., 101-102; l'Autore esamina la "clausola con la quale la parte mutuataria dichiara di essersi/non essersi avvalsa del proprio diritto di avere preventiva conoscenza del contratto"; egli afferma: "Tale clausola non è, in effetti, né necessaria né opportuna. Deve infatti ribadirsi che la certezza di una esauriente informazione preventiva non può realizzarsi attraverso l'introduzione di clausole destinate a divenire più o meno "di stile", quanto attraverso la prescrizione di un comportamento attivo di comunicazione e la fissazione di modalità che rendano concretamente ed obiettivamente riscontrabile tale comportamento. Un esempio di tali modalità è offerto dalla legislazione spagnola (...) in forza della quale, tra l'altro, il mutuatario ha il diritto di esaminare il progetto di atto nello studio del notaio durante i tre giorni lavorativi precedenti la sua stipulazione"; la normativa italiana, invece, pone a carico della banca gli obblighi relativi alla formazione ed alla conservazione delle prove dell'avvenuto adempimento dei doveri di informazione; essa dispone "che *"la banca acquisisce attestazione dell'avvenuta consegna [di una copia completa del testo contrattuale idonea per la stipula] su una copia del foglio informativo stesso, che conserva agli atti", che "la banca acquisisce una apposita attestazione in calce allo schema contrattuale, nella quale il cliente dichiara se intende avvalersi o meno di tale diritto. Ove le parti addivengano alla conclusione del contratto, l'attestazione è conservata dalla banca"*; l'Autore così prosegue: "pur rimanendo scettici sull'efficacia di tale soluzione normativa, è del tutto chiaro che ogni eventuale dichiarazione resa nel contesto dell'atto stipulato (...) sarebbe del tutto pleonastica: l'attestazione rilevante ai sensi di legge è solo quella acquisita in calce allo "schema contrattuale", che attiene alla fase precontrattuale. Sarebbe quindi auspicabilmente da evitare che il notaio acquisisca dichiarazioni inutili, che possono ingenerare l'apparenza di un rispetto della legge solo formale, relative per di più ad adempimenti non solo istituzionalmente riservati ad altri soggetti, ma anche esclusi dalla sua conoscenza effettiva".
- Lo stesso Autore ha ulteriormente approfondito l'analisi delle clausole in oggetto dopo l'entrata in vigore del Codice del Consumo e quindi alla luce delle nuove disposizioni contenute negli artt. 2 e 143 di tale testo normativo [P.L. Fausti, Atti del Convegno di Milano del 28 marzo 2006 (in corso di pubblicazione) e Atti del Convegno di Firenze dell'1 aprile 2006 (in corso di pubblicazione)]. Le osservazioni da lui svolte al riguardo portano a ritenere sconsigliabile l'inserimento nell'atto notarile di mutuo della frase con la quale "la parte mutuataria dichiara di non essersi avvalsa del proprio diritto di avere preventiva conoscenza del contratto".
- Nel senso che dichiarazioni del genere indicano esauriscono la loro efficacia nella fase precontrattuale e che non è opportuno il loro inserimento nel successivo atto pubblico di mutuo vedi anche C. Lomonaco, Normativa in tema di trasparenza bancaria. Fattispecie., Risposta al quesito n. 5248, in Studi e materiali - Cons. Naz. Not., 2/2004, 1191-1194.
- 121)** C. Caccavale, Ipoteca integrativa, in AA.VV., Mutui ipotecari - Atti del convegno di Bergamo del 1998, cit., 231-234.
- 122)** Cfr. P. Piccoli, Riflessi sull'attività notarile, cit., 1106.
- 123)** Così anche U. Morello, Clausole vessatorie, clausole abusive, cit., 296.
- 124)** Sul problema della rinuncia alla lettura degli allegati, quando gli stessi contengano condizioni generali dei mutui, e sulla opportunità, in alcune circostanze, che le clausole del capitolato vengano illustrate o modificate dal notaio, v. F.D. Busnelli e U. Morello, La direttiva 93/13 CEE, cit., 385.
- 125)** In effetti, a seguito di detta attività di informazione preventiva prestata dal notaio, le parti - con anticipo rispetto alla data prevista per il mutuo - possono: a) essere maggiormente informate sui propri diritti ed obblighi; b) valutare meglio la situazione, con un minor rischio in ordine al verificarsi dei c.d. effetti sorpresa; c) eventualmente (se lo vorranno) contattarsi (o per dare luogo ad

una trattativa - che realisticamente può essere effettiva anche con un solo incontro - o per apportare modifiche al testo).

(Riproduzione riservata)