

Commissione Protocolli

Regola n. 17 **I mutui bancari e le clausole vessatorie**

In caso di contratti di finanziamento tra Istituti di Credito e soggetti qualificabili come "consumatori", il Notaio, pur in presenza di clausole che possano apparire "svantaggiose" per il consumatore, in quanto, ad esempio, riconducibili alle fattispecie astratte disciplinate dall'art. 33 del *Codice del Consumo*, non è in grado di valutarne la "vessatorietà" e quindi la validità, sulla base dell'accertamento in concreto prescritto dalla legge, non essendo istituzionalmente rimessa al notaio una valutazione fattuale delle fattispecie, ma solo un controllo di legittimità, seppur sostanziale, dei contenuti contrattuali. Il notaio non sarebbe neppure nelle condizioni di compiere una simile valutazione, data la sua complessità e peculiarità, e richiedendo la conoscenza anche di circostanze attinenti alla fase pre-contrattuale.

Il compito del Notaio, pertanto, nell'esercizio della funzione cd. "*antiprocedurale*" che gli è propria, consisterà in un'attività di informazione sulla disciplina dettata dal CODICE DEL CONSUMO¹ e sulle conseguenze di tale disciplina sulla validità delle varie clausole contrattuali che possano comunque determinare uno squilibrio a danno del mutuatario, attività da attuare già in occasione della redazione della *relazione preliminare*. Il Notaio avrà anche cura di comunicare tale relazione oltre che alla Banca mutuante anche al mutuatario: in tale modo le parti verranno informate con buon anticipo rispetto alla data fissata per la sottoscrizione del contratto circa la disciplina in materia di clausole vessatorie e circa i diritti che eventualmente potrebbero far valere a tutela dei propri interessi.

L'informazione tramite la relazione preliminare è particolarmente opportuna in quanto avviene in anticipo rispetto alla data di sottoscrizione del mutuo, consentendo, quindi, alle parti di giungere a tale sottoscrizione debitamente informate e consapevoli delle conseguenze che dal mancato rispetto della disciplina del *Codice del Consumo* possono derivare con riguardo alle singole clausole contrattuali. Inoltre la relazione inviata alle parti costituisce lo strumento per documentare il rispetto della presente regola.

Ovviamente tale relazione non sostituisce ma integra l'attività di informazione e di adeguamento che il Notaio deve comunque espletare in sede di stipula del contratto del mutuo, ovvero anche prima, se taluna delle parti, richieda al Notaio ulteriori informazioni e approfondimenti circa la disciplina vigente ed illustrata nella relazione preliminare, con riferimento specifico a talune delle clausole proposte per il contratto da stipulare.

¹ Si è preferito limitare in questo settore l'attività del Notaio alla prestazione di una mera attività di informazione circa la disciplina dettata dal Codice del Consumo e le conseguenze che tale disciplina può avere sulla validità delle clausole contrattuali, senza cioè richiedere per ogni mutuo un'attività di disamina della vessatorietà delle singole clausole, attività particolarmente complessa e di difficile esecuzione: la stessa clausola può essere vessatoria per un certo contratto ma non per un altro contratto, a seconda dei diversi "retrostanti" rapporti intercorrenti tra le parti.

Il Notaio, inoltre, dovrà comunicare al mutuatario (e lo potrà fare proprio attraverso la relazione preliminare) che il testo del contratto di mutuo (comprensivo dei relativi allegati), in quanto non già consegnato dalla banca mutuante, è a sua disposizione presso lo studio notarile, non appena trasmesso dalla banca mutuante stessa e comunque prima della data fissata per la stipula.

COMMENTO

La recente entrata in vigore del CODICE DEL CONSUMO (decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206) ha riproposto il problema dell'incidenza sulla validità dei mutui bancari stipulati con persone fisiche che non agiscono nell'esercizio di impresa e/o professione (i cd. "consumatori") delle clausole cd. "vessatorie" ossia di quelle clausole che determinano a carico del consumatore un **significativo squilibrio** dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Il CODICE DEL CONSUMO, peraltro, prevede sanzioni differenziate a seconda della gravità delle violazioni commesse a "danno" del consumatore.

NULLITA' ASSOLUTA

Innanzitutto l'**art. 143 (Irrinunciabilità dei diritti)** del CODICE DEL CONSUMO stabilisce che *"i diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili. E' nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice"*

Sono, pertanto, affette da nullità assoluta le pattuizioni che determinano "rinuncia" da parte del consumatore a diritti riconosciuti dal Codice.

Ad esempio dovranno considerarsi "nulle" tutte quelle clausole in forza delle quali il consumatore espressamente:

- *rinuncia all'informativa precontrattuale*

- *rinuncia all'applicazione delle disposizioni previste in tema di trasparenza bancaria* (da ultimo la delibera C.I.C.R. 4 marzo 2003 pubblicata in G.U. 27 marzo 2003 n. 72 e la circolare della Banca d'Italia 25 luglio 2003 pubblicata in G.U. 19 agosto 2003 n. 191)

- *rinuncia a far valere la nullità relativa a sensi dell'art. 36 del Codice del Consumo*

Si tratta infatti di rinuncia a diritti che l'art. 2 del Codice del Consumo definisce "fondamentali" e quindi da considerarsi irrinunciabili, Infatti l'**art. 2 (Diritti dei consumatori)** del CODICE DEL CONSUMO al suo secondo comma così stabilisce : *"Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: ... c) ad un'adeguata informazione ed ad una corretta pubblicità; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali;*"

NULLITA' RELATIVA (o di PROTEZIONE)

L'**art. 36. (Nullità di protezione)** del CODICE DEL CONSUMO a sua volta così stabilisce:

- al primo comma: *"Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto"*

- al terzo comma: *"La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice."*

Sono, pertanto, affette da **nullità relativa** TUTTE LE CLAUSOLE VESSATORIE ossia le clausole che, in contrasto con la buona fede (ovvero: in violazione del dovere generale di correttezza), determinano a carico del consumatore un **significativo squilibrio** dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 33 primo comma)

A tal riguardo il legislatore individua anche una serie di clausole da considerarsi "VESSATORIE" e che pertanto PRESUME, salvo prova contraria, determinare a carico del consumatore un **significativo squilibrio** dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

La presunzione, peraltro, non è assoluta **ma relativa** e può essere superata, dimostrando, pertanto la **non vessatorietà** della clausola, nel contesto dell'intero rapporto nel quale la stessa risulta inserita.

La vessatorietà è anche esclusa dall'esistenza di una **trattativa individuale**. Tale elemento viene definito come la reale ed effettiva possibilità di entrambe le parti di influire sulla formazione della clausola, in modo che l'accordo raggiunto sulla stessa possa obiettivamente considerarsi il frutto della rispettiva attività di negoziazione, cioè sia ad esse sostanzialmente imputabile. La difficoltà di comprovare l'esistenza di una negoziazione con tali caratteristiche rende assolutamente problematico fare conto sulla stessa per escludere la vessatorietà. Appare forse anche inopportuno il tentativo di provocare una negoziazione, nel dubbio che la stessa possa considerarsi non realizzata con sufficiente effettività.

Esistono, nel sistema delineato dal *Codice del Consumo*, due gradi di presunzione: uno che potremo definire di "**presunzione forte**" disciplinato dall'art. 36 secondo comma del dlgs 206/2005 ed uno di "**presunzione limitata**" disciplinato dall'art. 34 quarto comma in relazione a quanto disposto dal precedente art. 33 secondo comma dlgs 206/2005.

La cd. "presunzione limitata"

Sono considerate VESSATORIE" e come tali affette da nullità relativa a meno che:

- **non sia data la prova contraria**, ossia non sia dimostrato che comunque la clausola, in rapporto anche alle altre pattuizioni contenute nel contratto, non è tale da determinare a carico del consumatore un **significativo squilibrio** dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto medesimo (art. 33 primo comma *Codice del Consumo*);

- siano state oggetto **di trattativa individuale** (art. 34 quarto comma *Codice del Consumo*), fermo restando che in caso di contratti conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali (come di fatto avviene per i mutui bancari), incombe sul professionista (ossia la banca mutuante) l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore;

le clausole previste **dall'art. 33 secondo comma del Codice del Consumo** e più specificatamente le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di:

1) escludere o limitare l'opponibilità da parte del consumatore della compensazione di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest'ultimo;

2) prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà;

3) consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere;

4) imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo;

5) 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;

6) consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso;

7) riservare al professionista il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto o conferirgli il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto;

8) limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari o subordinare l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità;

9) limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore;

10) consentire al professionista di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo;

11) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi;

12) stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore;

13) prevedere l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo come subordinati ad una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà del professionista a fronte di un'obbligazione immediatamente efficace del consumatore. È fatto salvo il disposto dell'articolo 1355 del codice civile.

Ad esempio possono considerarsi vessatorie:

- le clausole che riconoscono alla Banca la facoltà di risolvere il contratto a fronte del mancato rispetto di obbligazioni non significative o non corrispondenti ad interessi meritevoli di tutela (in quanto attribuenti di fatto la facoltà di recesso) (vedi sopra sub 5)

- le clausole con le quali i mutuatari riconoscono piena efficacia probatoria agli estratti conto alle registrazioni e alle risultanze contabili della Banca (vedi sopra sub 7)

- le clausole che stabiliscano che 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 (**vedi sopra sub 9**)

- le 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 stessa disposizione precisa che si considera ritardato pagamento quello effettuato fra il trentesimo ed il centoottantesimo giorno successivo alla scadenza della rata) (**vedi sopra sub 11**)

- le clausole di deferimento della soluzione di eventuali controversie future ad arbitri sia rituali che irrituali (**vedi sopra sub 11**)

- le clausole che subordinano ad autorizzazione della Banca, sulla base di suo insindacabile apprezzamento, la facoltà del mutuatario di disporre del bene ipoteca, ovvero di concederelo in locazione, ovvero di eseguirvi opera di manutenzione straordinaria (**vedi sopra sub 11**)

- le clausole che consentano alla Banca di chiedere la risoluzione del contratto nel caso di mutamento della destinazione dei beni sottoposti all'ipoteca, senza il consenso della Banca" (**vedi sopra sub 11**)

- le clausole che prevedano il divieto per il mutuatario di costituire a carico degli immobili ipotecati servitù passive ovvero di modificare o aggravare quelle eventualmente esistenti (**vedi sopra sub 11**)

-- le clausole che limitano il potere del mutuatario di richiedere la cancellazione dell'ipoteca una volta avvenuta l'estinzione del debito, rimettendone l'esecuzione alla volontà della banca mutuante (**vedi sopra sub 11**)

- le 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"(**vedi sopra sub 11**)

- le clausole che consentano alla Banca di chiedere la risoluzione del contratto nel caso di mancata puntuale e integrale esecuzione da parte del mutuatario di una qualunque delle obbligazioni nascenti dal contratto (apparendo una simile clausola troppo generica; inoltre si rammenta che secondo la giurisprudenza e la dottrina le clausole risolutive espresse, per essere valide, debbono prevedere ipotesi specifiche di inadempimento) (**vedi sopra sub 11**)

- le 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) (vedi sopra sub 11)

- le clausole che prevedano decadenza dal beneficio del termine in ipotesi diverse dall'insolvenza richiesta dall'art. 1186 c.c. (ossia le clausole che prevedono la decadenza dal beneficio del termine qualora si verificano eventi quali pignoramenti, protesti, domande giudiziali e simili che di per sé non implicano necessariamente insolvenza ma ne possono costituire, al più, elementi indiziari) (vedi sopra sub 11)

- le clausole che prevedano 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 (vedi sopra sub 11)

- le clausole che autorizzano 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 (vedi sopra sub 11)

- le clausole che escludono la possibilità di accollo del mutuo da parte di terzi (vedi sopra sub 11)

- le clausole di espressa deroga alla competenza territoriale (vedi sopra sub 12)

-- le clausole che comportano elezione di domicilio del mutuatario nel luogo di residenza della Banca, con la finalità di individuare come foro competente quello della sede della Banca anziché quello della residenza o dell'effettivo domicilio del mutuatario; (vedi sopra sub 12)

La cd. "presunzione "forte"

Sono considerate "VESSATORIE" e come tali affette da nullità relativa a meno che:

- **non sia data la prova contraria**, ossia non sia dimostrato che comunque la clausola, in rapporto anche alle altre pattuizioni contenute nel contratto, non è tale da determinare a carico del consumatore un **significativo squilibrio** dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto medesimo (art. 33 primo comma *del Codice del Consumo*) le clausole che, **quantunque oggetto di trattativa**, abbiano per oggetto o per effetto di:

1) **escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;**

2) **escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;**

3) **prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.**

Per tali clausole la presunzione di VESSATORIETA' può essere vinta **solo** provando che le stesse non sono tali da determinare a carico del consumatore un **significativo squilibrio** dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto

medesimo, essendo del tutto irrilevante, sotto questo profilo, il fatto che siano state oggetto di trattativa individuale.

La valutazione della "vessatorietà" delle clausole

Quando una clausola può considerarsi "vessatoria"?

Quando, al di fuori delle ipotesi considerate dall'art. 33 secondo comma del *Codice del Consumo*, una clausola può considerarsi vessatoria determinando un **significativo squilibrio** dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto medesimo?

Quando invece una clausola, pur rientrando nell'elenco di cui all'art. 33 secondo comma del *Codice del Consumo*, può considerarsi non vessatoria, posto che anche per tali clausole può essere fornita la prova contraria?

I criteri per la valutazione della vessatorietà di una clausola sono posti dall'art. **34 del Codice di Consumo** che così 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.*

- *la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.*

- *non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riprodottrici di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea.*

L'accertamento della "vessatorietà" appare, quindi, quantomai complesso ed incerto in quanto fondato su "criteri elastici" accertabili solo in concreto: tale accertamento non può essere rimesso al notaio.

LO "IUS VARIANDI"

Una particolare disciplina viene dettata dall'art. 33 quarto comma del *Codice del Consumo* in relazione allo "**ius variandi**" nel caso di contratti aventi per oggetto la prestazione di servizi finanziari, come ad esempio nel caso di mutui: "*se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari il **professionista può modificare**, senza preavviso, sempreché vi sia un giustificato motivo in deroga alle lettere n) e o) del comma 2, **il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere** relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti, dandone immediata comunicazione al consumatore **che ha diritto di recedere dal contratto.**"*

Pertanto, alla luce della disposizione dell'art. 33 quarto comma, non si considerano vessatorie, in deroga a quanto previsto nello stesso art. 33 al secondo comma lettere n) ed o), le clausole che riconoscono all'Istituto creditizio la facoltà di modificare, senza preavviso, *il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere* relativo al finanziamento (spese incasso rata, spese per cancellazione ipoteca, compenso per estinzione anticipata ecc. ecc.) **a condizione** peraltro che:

- *vi sia un giustificato motivo*

- *venga data al consumatore immediata comunicazione*

Al consumatore, peraltro, a fronte di tale **facoltà unilaterale** spettante all'Istituto Creditizio di variare le condizioni economiche del finanziamento, spetta il **diritto di recesso**²

RUOLO DEL NOTAIO

Come si è già detto non sempre una clausola che possa determinare uno squilibrio, a sfavore del consumatore, dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto medesimo, può considerarsi VESSATORIA e quindi affetta da nullità relativa (o nullità di protezione).

Tale qualificazione dipende da una valutazione complessiva della clausola nell'ambito dell'intero rapporto contrattuale, come si ricava dall'art. 34 del *Codice del Consumo*, e può dipendere anche da circostanze di natura extra-contrattuale e che attengono alla fase della trattativa intervenuta tra le parti (quella che le disposizioni in commento definiscono la "*trattativa individuale*").

Il Notaio chiamato a ricevere un atto di mutuo non è quindi nelle condizioni di valutare la vessatorietà o meno delle clausole contrattuali, in quanto non dispone di tutti gli elementi necessari per poter compiere tale indagine di carattere interpretativo.

Ma anche se fosse accertata la vessatorietà di una o più clausole, il Notaio, a fronte di una richiesta di entrambe le parti di procedere alla stipula del mutuo,

² Da segnalare, sul punto, che l'*Autorità garante della concorrenza e del mercato*, con propria comunicazione n. AS338 del 26 maggio 2006, aveva denunciato il contrasto che si era venuto a creare tra le disposizioni del Codice del Consumo (che condizionano l'esercizio dello "*ius variandi*" da parte del professionista alla circostanza che sussista un giustificato motivo e che al consumatore sia data adeguata informazione) e le disposizioni del T.U. in materia bancaria di cui al Dlgs 385/1993 (che invece prescindeva per l'esercizio dello "*ius variandi*" dall'esistenza di un giustificato motivo e consentiva un'informativa "impersonale" attraverso l'inserzione nella Gazzetta Ufficiale), ed aveva, conseguentemente auspicato un riesame della normativa vigente in materia di "*ius variandi*". E l'auspicio della *Autorità garante della concorrenza e del mercato* è stato accolto dal legislatore con la *legge 4 agosto 2006 n. 248 di conversione del Decreto legge 4 luglio 2006 n. 223* che ha modificato l'art. 188 del T.U.B. subordinando l'esercizio dello "*ius variandi*" alla sussistenza di un giustificato motivo e richiedendo una adeguata comunicazione al cliente al quale viene, in ogni caso, riconosciuto il diritto di recesso, senza penalità. Riportiamo il nuovo testo dell'art. 188 T.U.B. così come modificato dall'art. 10 della *legge 248/2006* suddetta:

1. *L'articolo 118 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, è sostituito dal seguente:*

"Art. 118. - (Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali). – 1. Nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 1341, secondo comma, del codice civile.

2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: 'Proposta di modifica unilaterale del contratto', con preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro sessanta giorni. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.

3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente.

4. Le variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente".

5. In ogni caso, nei contratti di durata, il cliente ha sempre la facoltà di recedere dal contratto senza penalità e senza spese di chiusura".

non potrebbe rifiutarsi di ricevere l'atto richiesto, considerato che la nullità di dette clausole non importa comunque la nullità dell'intero contratto, come espressamente confermato dall'art. 36 primo comma del *Codice del Consumo* in relazione alla disposizione di carattere generale dettata dall'art. 1419 cod. civ.

Ovviamente la richiesta di stipula, al fine anche di evitare possibili responsabilità di carattere professionale imputabili al Notaio, deve provenire da parti contrattuali che siano *consapevoli ed informate* circa la disciplina in materia di clausole vessatorie e circa i diritti che eventualmente potrebbero far valere a tutela dei propri interessi.

Sotto questo profilo, il *Codice del Consumo* può costituire un'**occasione per il Notariato** per assumere un ruolo più attivo nel settore dei mutui ipotecari. Vi è, anche in questo settore, l'esigenza di affermare e di dimostrare l'importanza della funzione del notaio a tutela di tutte le parti del contratto (banca, mutuatario, fideiussore). L'attività del Notaio, volta a segnalare l'esistenza di clausole "potenzialmente" vessatorie, alla luce della disciplina introdotta dal *Codice del Consumo*, è utile e doverosa sia nei confronti della banca che nei confronti del consumatore; anzi, a ben riflettere, è ancora più importante nei confronti della banca, in quanto il consumatore è tutelato dalla nullità relativa, mentre la banca, in un eventuale successivo contenzioso (ad esempio, nei confronti di un mutuatario inadempiente), può vedersi eccitata la nullità di talune clausole in quanto vessatorie.

L'attività del Notaio, peraltro, non può, che limitarsi alla "segnalazione" della disciplina ora introdotta dal *Codice del Consumo* e delle conseguenze che da tale disciplina possono derivare in ordine alle clausole contrattuali.

Il Notaio, infatti, pur in presenza di clausole che possano apparire "svantaggiose" per il consumatore, in quanto, ad esempio, riconducibili alle fattispecie astratte disciplinate dall'art. 33 del *Codice del Consumo*, non è in grado di valutarne la "vessatorietà" e quindi la validità, non essendo neppure nelle condizioni di compiere una simile valutazione, data la sua complessità e peculiarità, come sopra già ricordato.

Il compito del Notaio, pertanto, nell'esercizio della funzione cd. "*antiprocedurale*" che gli viene unanimemente riconosciuta, volta ad evitare possibili contenziosi tra le parti, consisterà in un'**attività di informazione** sulla disciplina dettata dal CODICE DEL CONSUMO e sulle conseguenze di tale disciplina sulla validità delle varie clausole contrattuali che possano comunque determinare uno squilibrio a danno del mutuatario, attività da porre in essere sin dal momento della redazione della *relazione preliminare* sulla storia ipotecaria degli immobili da assoggettare ad ipoteca e che, per prassi, gli Istituti creditizi chiedono che il Notaio fornisca loro in largo anticipo, rispetto alla prevista data di stipula del contratto di mutuo. Il Notaio dovrà, anche, avere cura di comunicare tale relazione oltre che alla Banca mutuante anche al mutuatario: in tale modo le parti verranno informate con buon anticipo rispetto alla data fissata per la sottoscrizione del contratto circa la disciplina in materia di clausole vessatorie e circa i diritti che eventualmente potrebbero far valere a tutela dei propri interessi.

L'informazione tramite la relazione preliminare è particolarmente opportuna in quanto avviene in anticipo rispetto alla data di sottoscrizione del mutuo, consentendo, quindi, alle parti di giungere a tale sottoscrizione debitamente informate e consapevoli delle conseguenze che dal mancato rispetto della disciplina del *Codice del Consumo* possono derivare con riguardo alle singole clausole contrattuali. Inoltre la relazione inviata alle parti costituisce lo strumento per documentare il rispetto della presente regola.

Tuttavia tale informazione non può sostituire ed escludere l'informazione che al riguardo il Notaio dovrà comunque dare alle parti ANCHE in sede di stipula del contratto del mutuo, ovvero anche prima, se taluna delle parti, richieda al Notaio ulteriori informazioni e approfondimenti circa la disciplina vigente ed illustrata nella relazione preliminare, con riferimento specifico a talune delle clausole proposte per il contratto da stipulare.

Pertanto se il Notaio non può rifiutarsi di ricevere un atto di mutuo pur in presenza di clausole potenzialmente vessatorie (in quanto, ad esempio riconducibili all'elenco di cui all'art. 33 secondo comma dlgs 206/2005) , tuttavia lo stesso dovrà sia PRIMA della stipula del contratto che in sede di lettura e di stipula del contratto fornire alle parti tutte le necessarie informazioni sulla disciplina dettata dal CODICE DEL CONSUMO e sulle conseguenze sulla validità di dette clausole contrattuali.

Il Notaio, inoltre, al fine di garantire al mutuatario una completa informazione ed un'adeguata conoscenza del contenuto delle clausole contrattuali, dovrà comunicare al mutuatario stesso (e lo potrà fare proprio attraverso la relazione preliminare) che il testo del contratto di mutuo (comprensivo dei relativi allegati), in quanto non già consegnato dalla banca mutuante, è a sua disposizione presso lo studio notarile, non appena trasmesso dalla banca mutuante stessa e comunque prima della data fissata per la stipula.

Si riproduce di seguito un fac-simile di informativa di inserire nella relazione preliminare (che ovviamente potrà essere modificato o integrato in base alle esigenze specifiche):

A conclusione della presente relazione preliminare appare opportuno richiamare l'attenzione di codesto spett.le Istituto, nonché della parte mutuataria alla quale la presente relazione viene inviata per conoscenza, sul contenuto dispositivo del **decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del Consumo)** entrato in vigore in data 23 ottobre 2005 ed in particolare sul fatto che:

- **l'art. 143 del dlgs. 206/2005** suddetto stabilisce che *"i diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili. E' nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice"*

- che **l'art. 2 del dlgs. 206/2005** suddetto stabilisce che *"Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: ... c) ad un'adeguata informazione ed ad una corretta pubblicità; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali;*"

- che **l'art. 33 del dlgs. 206/2005** suddetto che ha abrogato e sostituito la precedente disposizione dell'art. 1469quinquies cod.civ, stabilisce che *le clausole considerate vessatorie ai sensi dei precedenti articoli 33 e 34 sono nulle" (cd. "nullità di protezione)* (e non più inefficaci come stabiliva l'abrogato art. 1469 quinquies c.c.)

- che **l'art. 34 quarto comma del dlgs. 206/2005** suddetto, al pari peraltro della precedente disposizione dell'art. 1469ter quarto comma cod.civ. ora abrogata, stabilisce che *"non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale"*

In relazione a quanto sopra riportato:

a) va attentamente **verificata la compatibilità delle clausole** contenute nei testi contrattuali e nei relativi allegati (capitolato, documento di sintesi, ecc.), alla normativa introdotta dal Dlgs. 206/2005 suddetto; al riguardo si rammenta che tale attività di verifica va effettuata anche con riguardo a quelle clausole ritenute conformi alla stregua delle disposizioni in tema di "*trasparenza bancaria*" emanate dal C.I.C.R. e da Banca d'Italia o da altri organismi istituzionali (*da ultimo la delibera C.I.C.R. 4 marzo 2003 pubblicata in G.U. 27 marzo 2003 n. 72 e la circolare della Banca d'Italia 25 luglio 2003 pubblicata in G.U. 19 agosto 2003 n. 191*) in quanto il Dlgs. 206/2005, fonte avente efficacia di legge, prevale su detti provvedimenti, di natura regolamentare..

b) vanno osservate le modalità procedurali e le altre prescrizioni poste dal *Codice del Consumo*; al riguardo si rammenta che:

- le clausole del contratto e degli eventuali allegati, che possano considerarsi "vessatorie" ai sensi dell'art. 33 del Dlgs. 206/2005 (*o in quanto determinanti a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto o in quanto presunte tali a sensi del secondo comma del suddetto art. 33*), sono VALIDE solo se sono state oggetto di una EFFETTIVA trattativa individuale tra la Banca mutuante e la parte mutuataria (e l'eventuale terzo datore di ipoteca e/o fideiussore); l'onere di provare l'intervenuta trattativa incombe sulla banca (tale prova non vale, peraltro, ad escludere la presunta vessatorietà delle clausole di cui all'art. 36 secondo comma del Codice del Consumo)
- che le clausole che riconoscono all'Istituto creditizio la facoltà di modificare, unilateralmente, *il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere* relativo al finanziamento non si considerano "vessatorie" a condizione peraltro che *vi sia un giustificato motivo e che venga data al consumatore immediata comunicazione* (al consumatore, peraltro, spetta il diritto di recesso) (da segnalare che la disciplina in tema di *ius variandi* dettata dal Codice del Consumo è stata recepita anche nell'art. 118 del T.U.B. di cui al dlgs. 385/1993 a seguito della modifica introdotta dall'art.10 legge 4 agosto 2006 n. 248 di conversione del D.L. 4 luglio 2006 n. 223)
- che la parte mutuataria ha diritto ad una completa informazione precontrattuale, da attuarsi attraverso la preventiva consegna da parte della Banca di una copia completa del testo contrattuale idoneo per la stipula e di tutti i relativi allegati (*in relazione anche a quanto disposto dall'art. 2 del Dlgs. 206/2005*) ((il mutuatario potrà poi non esercitare di fatto il proprio diritto, non consultando i documenti che gli vengono consegnati, ma non potrà rinunciarvi in via preventiva)
- che sono comunque fatte salve le disposizioni inderogabili del decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del Consumo) e che pertanto non producono effetto le eventuali clausole che possano essere ritenute in contrasto con la suddetta disciplina.

Il testo del contratto di mutuo (comprensivo dei relativi allegati), in quanto non già consegnato dalla banca mutuante, sarà, comunque, a disposizione della parte mutuataria, che ne potrà richiedere copia, presso questo studio notarile, non appena trasmesso dalla banca mutuante stessa

e comunque prima della data fissata per la stipula.