

CLAUSOLE ABUSIVE E CONTROLLO NOTARILE (*)

UGO MINNECI
*Professore ordinario
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Due questioni preliminari. – 3. Clausole abusive e ruolo (meramente informativo e/o di consiglio) del Notaio secondo l'opinione prevalente. – 4. La superabilità degli argomenti diretti ad escludere spazi operativi per l'art. 28 l. not. – 5. Clausole abusive e irricevibilità dell'atto.

1. – Come desumibile dal titolo, il presente scritto è chiamato a misurarsi con i seguenti interrogativi: il Notaio che riceva e/o autentichi un atto (in particolare un finanziamento) contenente clausole abusive incorre in una qualche responsabilità? Se sì, quale tipo di responsabilità viene in rilievo? Di carattere civile oppure anche disciplinare¹?

Si tratta di questioni delicate che, da un lato, affondano le radici nel tempo², mentre, dall'altro lato, impongono di tenere conto della evoluzione

(*) Lo scritto riprende, con l'aggiunta delle note, i contenuti della Relazione presentata al Convegno «Dal credito fondiario al credito immobiliare ai Consumatori», organizzato dal Consiglio Notarile di Bergamo e tenutosi il 10 novembre 2023.

¹ Come è noto, nello svolgimento della propria attività, il Notaio può incorrere in una responsabilità, oltre che di carattere civile (per inadempimento del contratto d'opera professionale sottoscritto con il cliente), anche di natura disciplinare, allorquando venga in gioco la violazione del divieto – sancito dall'art. 28 della l. 16 febbraio 1913, n. 89 (c.d. legge notarile) – di ricevere o autenticare atti che siano espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico.

² Pressoché tutte le riflessioni sul ruolo del Notaio prendono avvio dal contributo di F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, 321 ss., al quale si deve il merito di avere superato l'identificazione di tale operatore del diritto come di un semplice documentatore (formatore di documenti), per ascrivergli anche la funzione di consultore giuridico che interviene nella fase di perfezionamento dell'affare in una prospettiva antiprocessuale di prevenzione della lite, sulla base dell'idea «tanto più notaio, tanto meno giudice». Imprescindibile si rivela pure il saggio di N. IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Riv. Notariato* 1996, 355 ss., con la sottolineatura per la quale «il notaio trasferisce l'intenzione delle parti nel linguaggio dell'atto» ovvero «costruendo il testo linguistico, immette la volontà delle parti nel circuito della comunicazione», per offrire agli interessi dei singoli il linguaggio del diritto. Di forte apertura risultano anche le riflessioni di N. LIPARI, *Il*

non solo legislativa ma anche del diritto vivente³. Il tutto con l'importante precisazione che, rispetto al diritto vivente, un ruolo importante è da riconoscere alla giurisprudenza della Corte di Giustizia unionale⁴.

2. – Prima di entrare nel merito, appare opportuno richiamare l'attenzione su due aspetti ormai acquisiti.

ruolo del notariato nella nuova realtà delle nullità contrattuali, in *Riv. trim. proc. civ.* 2002, 361 ss., laddove sollecitano a rileggere l'attività notarile alla luce della necessità di interpretare il diritto vivente e quindi di intendere la portata del precetto in funzione di indici desumibili dal concreto atteggiarsi dell'esperienza; il tutto con la conseguenza di attribuire al Notaio un controllo non più soltanto formale ma sostanzialmente incidente sul contenuto dell'atto.

³ In effetti, costituisce un dato consolidato la rilevanza in materia del diritto vivente. Prova ne sia che, a parità di enunciazione normativa, l'art. 28 l. not. è stato dapprima ritenuto applicabile a tutti gli atti comunque contrari a disposizioni cogenti della legge stessa, ossia non aderenti alla normativa legale, di ordine formale e sostanziale, per essi prevista a pena di inesistenza, nullità o annullabilità (così Cass. 21 aprile 1983, n. 2745, in *Giur. comm.* 1984, II, 380); successivamente, con l'avvento del *leading case* costituito da Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. notar.* 1998, 493 ss. (seguito, in un breve lasso di tempo, da Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766; Cass. 4 maggio 1998, n. 4441; Cass. 3 agosto 1998, n. 7602; Cass. 1 febbraio 2001, in *Giur. it.* 2001, 1599), l'operatività della norma è stata circoscritta all'ipotesi della presenza di un vizio suscettibile di dare luogo a una nullità assoluta del negozio, con esclusione, quindi, dei vizi che comportino solo l'annullabilità, o l'inefficacia dell'atto, ovvero la stessa nullità relativa. Per un commento sul *revirement* riferito, v. A. NATUCCI, *L'art. 28 della legge notarile e la stipulazione di atti annullabili*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 589 ss.; nonché A. GENTILI, *Atti notarili «proibiti» e sistema di invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 255 ss.

⁴ Il crescente impatto della giurisprudenza unionale rispetto alla definizione dei contorni della figura del Notaio rappresenta un elemento altrettanto evidente. Basti pensare alla recentissima pronuncia (16 novembre 2023, C-583/21 e C-586/21) con la quale la Corte di Giustizia – infrangendo alcuni *tabù* tramandati dal passato – ha ritenuto che l'art. 1, par. 1, della direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese e stabilimenti, debba essere interpretato nel senso che tale direttiva è applicabile a una situazione in cui un notaio, pubblico ufficiale e datore di lavoro privato dei lavoratori attivi nel suo studio notarile, succeda al precedente titolare di un siffatto studio, rilevi l'archivio, nonché una parte essenziale del personale che era impegnato dal precedente titolare e continui a svolgere la medesima attività negli stessi locali con gli stessi mezzi materiali, a condizione che sia conservata l'identità di detto Studio.

Partiamo dal primo. Qualunque ruolo si ritenga di assegnare al Notaio in sede di perfezionamento del contratto, il ricorso alla forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata non si presenta di per sé preclusivo di un successivo controllo da parte del Giudice sulla eventuale esistenza di clausole abusive. Peraltro, il suddetto controllo sarà esercitabile *non soltanto su istanza del mutuatario* – eventualmente anche in sede di opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. –, ma *anche d'ufficio*. In virtù del richiamo al principio di effettività, la Corte di Giustizia UE ha infatti sancito che la direttiva 93/13/CEE osta a una normativa nazionale che non lasci al giudice interno investito di una domanda di esecuzione forzata di un contratto di mutuo ipotecario, stipulato tra professionista e consumatore sotto forma di atto notarile direttamente esecutivo, la possibilità di verificare, su istanza del consumatore o d'ufficio, se le clausole contenute in un simile atto abbiano carattere abusivo ai sensi di tale direttiva e, su tale base, di sospendere l'esecuzione forzata richiesta⁵. A sostegno della soluzione accolta la Corte ha rilevato che, anche ammettendo che, sulla base della legge nazionale in tema di notariato, i notai siano tenuti ad obblighi di consulenza e informazione dei consumatori, tali da garantire un controllo preventivo del carattere abusivo delle clausole del contratto, cionondimeno il principio di effettività della tutela dei consumatori richiede disposizioni atte a garantire a quest'ultimi una tutela giurisdizionale effettiva, attivabile anche d'ufficio.

Il riferimento alla sentenza appena richiamata e, in particolare, la constatazione che oggetto della suddetta decisione fosse un contratto di finanziamento di contenuto standardizzato e unilateralmente predisposto dalla Banca (in definitiva un contratto per adesione) permette di transitare all'ulteriore profilo considerabile come pacifico. In effetti, non risulta esservi più spazio per l'idea – alquanto in voga in passato⁶ – secondo cui, pur in

⁵ Così Corte di Giustizia, 26 giugno 2019, C-407/18 sulla scia di quanto deciso nella precedente pronuncia 1° ottobre 2015, C-32/14.

⁶ Come riportato da G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1993, I, 282, ancora all'inizio degli anni 90 del secolo scorso, per la nostra giurisprudenza, il tradursi dell'accordo in atto pubblico alla presenza di un notaio avrebbe fatto venire meno quell'esigenza di tutela dell'aderente costituente la ragione della disciplina prevista dagli artt. 1341 e 1342 c.c.: cfr. Cass. Sez. un. 10 gennaio 1992, n. 193, in *Vita not.* 1992, 761 ss. Un cenno (peraltro in chiave critica) alla tesi della estraneità allo spettro operativo dell'art. 1341, comma 2 c.c. dei testi contrattuali stipulati per *atto del notaio* si rinviene anche in V. ROPPO, *Il Contratto*, 2001, 909. Trattasi tuttavia di un argomento che viene di tanto in tanto riesumato nell'ambito del ceto notarile: cfr. Studio n. 7 approvato il 25 marzo 2004 del Consiglio Notarile di Cuneo, secondo cui la disciplina di cui all'art. 1341, comma 2 non sarebbe applicabile allorché la contrattazione veda l'intervento del Notaio

presenza di condizioni generali di contratto, la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata escluderebbe alla radice un'esigenza di protezione dell'aderente: e ciò vuoi perché, in conseguenza della lettura che dell'atto viene data dal Notaio alle parti, queste verrebbero senz'altro a conoscenza dello stesso nella sua interezza⁷; vuoi perché la presenza del Notaio in sede di perfezionamento consentirebbe di inferire per ciò solo una presunzione di avvenuta trattativa⁸. A ben vedere, entrambi gli argomenti erano già stati persuasivamente confutati: quanto al primo, avendo il Tribunale di Milano, già tempo addietro, rilevato che un conto è il profilo della conoscibilità, altro la necessità di un consenso specificamente incentrato sulle clausole vessatorie (come tale non surrogabile tramite equipollenti)⁹; quanto all'altro, perché di fronte a un contratto standard già compiutamente formato, il Notaio si rivela privo di margini di manovra¹⁰: finendo per dover abdicare

indipendentemente dal fatto che essa si concluda con un atto pubblico o una scrittura privata autenticata: e ciò per la ragione che in tal modo sarebbe garantita l'effettiva conoscenza e la possibilità di una consapevole valutazione della clausola portatrice dello squilibrio.

⁷ È appena il caso di notare che, con l'avvento della disciplina a tutela del consumatore e il correlato transito da una protezione di carattere formale alla tutela di carattere sostanziale di cui agli odierni artt. 33 ss. Cod. cons., il valore di un simile argomento resterebbe comunque circoscritto ai soli contratti sottoscritti con aderenti diversi dalle persone fisiche che realizzano l'operazione per ragioni estranee alla propria attività imprenditoriale, artigianale o professionale.

⁸ Cfr. Trib. Torino, 15 ottobre 1996, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1409.

⁹ Così Trib. Milano, 21 giugno 1984, in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, II, 502 ss., con nota di N. SALANITRO, *Atto pubblico e controllo giudiziario*, il quale osserva che se «la specificità è richiesta per assicurare che l'aderente abbia conoscenza ed approvi le clausole vessatorie, allora si comprende l'orientamento della giurisprudenza corrente la quale esclude l'applicabilità dell'art. 1341 all'atto pubblico, appunto perché, a seguito della sua redazione notarile e della lettura che ne viene data alle parti, è sicuro che anche l'aderente viene ad avere conoscenza e ad approvare tali clausole. Se invece la specificità è richiesta per indurre l'aderente a una particolare valutazione delle clausole vessatorie (che poi approva a seguito di tale valutazione) allora anche nell'atto pubblico dovrebbe ammettersi l'applicabilità della disciplina dell'art. 1341, comma 2».

¹⁰ Così A.A. DOLMETTA, *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in *Contatto. impr.*, 2004, 77, nt. 1, laddove scrive che «di fronte a un contratto già predisposto, neppure il notaio è chiamato a rappresentare in forma giuridica gli interessi delle parti, né tanto meno a mediare tra questi; egli si trova a ricevere un atto già compiutamente formato: in cui cioè si è interamente estrinsecata l'autonomia privata, pur se in termini del tutto asimmetrici (insomma la confezione per atto pubblico non suppone per nulla, né implica, la presenza di trattative)».

anche al compito – ritenuto connaturale alla sua funzione - di tradurre in linguaggio giuridico la volontà empirica delle parti.

3. – Tornando all'interrogativo di partenza, preme sottolineare che, secondo una opinione diffusa sia in dottrina che nell'ambito del ceto notarile, nell'ipotesi di contratto contenente clausole che possano apparire abusive¹¹, non vi sarebbero margini per ipotizzare un dovere del Notaio di rifiutare la rogazione o autenticazione dell'atto. Il compito del Notaio consisterebbe piuttosto (in ciò pure esauendosi) in una attività di informazione e di consiglio sulla disciplina dettata dal Codice del Consumo e sulle conseguenze derivanti da tale disciplina relativamente alle clausole suscettibili di determinare uno squilibrio a danno del mutuatario¹².

Il suggerito utilizzo¹³ della Relazione preliminare quale strumento attraverso cui comunicare alle parti i contenuti informativi appena riferiti non

¹¹ Per una accurata rassegna delle clausole «potenzialmente» vessatorie all'interno dei contratti di mutuo bancario, E. BEVILACQUA, M. LABRIOLA, *Codice del consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio*, Studio n. 237-2006/C approvato dal CNN, 27 ss.

¹² Per l'affermazione che «l'ordine e la promozione del mercato impongono un alto grado di consapevolezza dei contraenti al cui raggiungimento concorre in maniera decisiva un'adeguata informazione, come risulta evidente da tutta la normativa consumeristica: conseguentemente il concorso del notaio al funzionamento del mercato determina l'assegnazione allo stesso di compiti informativi a ciò funzionali», v. R. LENZI, *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 766. In direzione sostanzialmente analoga, R. QUADRI, *Responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 l. not. e nullità c.d. di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 346 ss.; G. CASU, *Il compito del notaio alla luce delle recenti norme in tema di nullità di protezione*, in *Studi e materiali CNN*, 2006, 85 ss., enfatizzando il ruolo della diligenza del professionista e della sua sensibilità professionale, al fine di illustrare alle parti compiutamente il significato della clausola critica e la sua portata nella complessiva economia del contratto posto in essere; E. BEVILACQUA – M. LABRIOLA, *op. cit.*, 42 ss.; D. MURITANO, *Il notaio e il mutuo fondiario*, reperibile su *www.dirittobancario.it* 2014, 5; A. BARONE, *Il notaio e le clausole abusive nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Notariato*, 2022, 495 ss.

¹³ L'uso della Relazione preliminare per dare corso ai doveri di informazione e consiglio in presenza di clausole vessatorie all'interno del testo contrattuale è ipotizzato nella Regola n. 17, titolata «I mutui bancari e le clausole vessatorie», elaborata – ma non ancora approvata - dalla Commissione Protocolli. Vi si legge infatti che «il compito del Notaio, nell'esercizio della funzione c.d. antiprocessuale che gli è propria, consisterà in un'attività di informazione sulla disciplina dettata dal Codice di Consumo e sulle conseguenze di tale disciplina sulla validità delle varie clausole contrattuali che possano comunque determinare uno squilibrio a danno del

solo permetterebbe ai contraenti di giungere alla sottoscrizione con la necessaria consapevolezza in ordine alle criticità del testo contrattuale, ma consentirebbe altresì al Notaio di preconstituirsì l'evidenza documentale di avere diligentemente assolto ai doveri professionali di informazione e consulenza¹⁴. Relativamente a quest'ultimo aspetto è infatti da osservare che, secondo l'opinione in esame, la violazione degli obblighi sopra richiamati varrebbe a determinare in capo al Notaio una responsabilità di carattere civile¹⁵, ovvero per inadempimento¹⁶.

A sostegno di tale interpretazione si suole addurre una pluralità di argomenti:

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».

¹⁴ Sempre all'interno della già ricordata Regola n. 17 (v. *retro* nt. 13) si legge infatti che «l'informazione tramite la relazione preliminare è particolarmente opportuna in quanto avviene in anticipo rispetto alla data di sottoscrizione dell'atto, 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».

¹⁵ Sulla responsabilità civile del notaio, v. in generale M. FRANZONI, *La colpa professionale del notaio*, in *Giur. it.* 2017, 2523 ss.; M. RIZZUTI, *Invaldità negoziali e responsabilità del notaio*, in *Giur. it.* 2017, 2549 ss. Con riguardo specifico al dovere di informazione e consiglio, cfr. Cass. 4 marzo 2022, n. 7185, in *Giur. it.* 2023, 2052 ss., con nota di L. PENNAZZI CATALANI, *L'integrazione del rogito, la teoria della operazione economica e la responsabilità del notaio*.

¹⁶ Più rigoroso appare il pensiero di C. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità del Notaio per la redazione di un atto nullo*, in *Nuovo dir. civ.* 2018, 54 ss., laddove, riflettendo sul tema della nullità relativa, afferma che il riscontro della stessa, pur non determinando la sussistenza di un divieto di ricevere l'atto, verrebbe ad imporre in capo al Notaio doveri di segnalazione, dalla cui omissione sarebbe destinata a scaturire una responsabilità anche di carattere disciplinare. Più precisamente, ad avviso dell'Autore, si può ritenere che «la responsabilità disciplinare del notaio sia esclusa quando questi abbia segnalato al cliente il profilo di nullità – appunto rilevabile solo ad istanza di quest'ultimo – e il cliente abbia dichiarato di non voler avvalersi del potere di far valere la nullità».

- (i) anzitutto, il riferimento a Cass. 11 novembre 1997, n. 11128¹⁷, secondo cui il divieto di ricevere atti proibiti dalla legge posto dall'art. 28 della legge notarile presupporrebbe una patologia in grado di determinare una nullità assoluta del negozio, con esclusione dei vizi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto, ovvero la stessa nullità relativa¹⁸;

- (ii) l'idea della difficoltà di accertamento del carattere abusivo della clausola, occorrendo all'uopo una valutazione fattuale della fattispecie (esistenza o meno di una effettiva trattativa; esistenza o meno di un reale squilibrio introdotto dalla clausola) che esorbiterebbe dal perimetro dell'attività di controllo esigibile da Notaio, come tale da ritenersi circoscritta al profilo della legittimità sostanziale dei contenuti contrattuali¹⁹;

¹⁷ Cfr. *supra*, nt. 3.

¹⁸ Si suole argomentare (così G. CASU, *op. cit.*, 11; ma per considerazioni analoghe, v. altresì F. ANGELONI, *La responsabilità civile del notaio: il punto sulla evoluzione normativa e giurisprudenziale anche con riferimento al recepimento della dir. Ce 93/13 sulle clausole abusive*, in *Contratto impr.*, 1999, 649 ss.) che il notaio non si troverebbe «di fronte a un atto o a una clausola vietati, bensì di fronte a un atto o a una clausola vietati a determinate condizioni»: queste ultime presupponendo la presenza o meno di un determinato grado di valutazione della clausola critica da parte del consumatore ed altresì pretendendo la comparazione rispetto a tutte le restanti clausole contrattuali. In altri termini, l'estraneità al perimetro dell'art. 28 l. not. si giustificerebbe alla luce della constatazione per la quale il testo contrattuale contenente clausole (potenzialmente) abusive non potrebbe considerarsi strutturalmente vietato. Nel senso che atti proibiti dalla legge sarebbero solo quelli posti in essere in violazione di norme che hanno valore assoluto, tale da non consentire possibilità di esenzione dalla sua osservanza per alcuno dei destinatari della norma, M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, *Studio n. 271-2008/C, Consiglio Nazionale del Notariato*, in *Studi e materiali*, 1/2009, 9.

¹⁹ Tale argomento si basa sul rilievo che [come scrive S. PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca: a proposito di Cass. n. 24867/2010 e di Cass. n. 5913/2011 (con una postilla)*, in *Persona e mercato*, 2014, 101] la stessa clausola abusiva o vessatoria si presta, almeno solitamente, a una qualificazione ancipite: «con una nullità che trasmuta in validità allorché risulta documentata l'esistenza di una trattativa (art. 34, comma 4 Cod. cons.) ovvero la reale possibilità, per chi abbia subito l'abuso, di rinvenire sul mercato di riferimento delle alternative soddisfacenti». Il tutto con la conseguenza per la quale, in assenza di indici certi, non si potrebbe esigere dal notaio di fare il *detective* (così A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. notar.* 2010, 299), ovvero di svolgere un'attività diretta a verificare l'esistenza delle circostanze in base alle quali accertare il carattere vessatorio o meno di una determinata condizione contrattuale (cfr. altresì R. QUADRI, *Responsabilità del notaio*, *cit.*, 348).

- (iii) il timore che il rifiuto da parte del Notaio di ricevere l'atto (specie allorquando si tratti di un contratto di finanziamento) possa ritorcersi contro lo stesso cliente, che si trova pur sempre in una condizione di carenza di liquidità²⁰;

- (iv) il tratto della sanabilità che contraddistinguerebbe le c.d. nullità di protezione e dunque l'idea che non avrebbe senso contestare una responsabilità disciplinare al Notaio che abbia ricevuto un contratto che, pur contenendo clausole abusive, il cliente potrebbe considerare congruo rispetto al proprio interesse al punto da non dare seguito al rilievo della nullità da parte del Giudice, ovvero d'ufficio²¹.

4. – Per la verità, non tutti gli argomenti sopra richiamati hanno lo stesso peso. In particolare, proprio l'ultimo si rivela alquanto discutibile. In effetti, impregiudicata la questione se l'opposizione da parte del consumatore al rilievo d'ufficio da parte del Giudice abbia efficacia sostanziale o soltanto processuale²² e ferma altresì restando la constatazione che, anche secondo i principali fautori della sanabilità sostanziale del contratto affetto da nullità di protezione²³, quella del consumatore (per come ricostruita anche dalla

²⁰ Sottolinea come la soluzione della irricevibilità dell'atto contenente clausole abusive finisca *de facto* per trasformare quella che dovrebbe restare una nullità parziale necessaria in una nullità totale (con l'effetto per di più di frustrare la parte del suo interesse primario alla conclusione), S. MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali e la funzione notarile*, in *Notariato* 2010, 693.

²¹ Contesta la plausibilità di una interpretazione che, pur in presenza di una sanatoria volontaria del vizio di nullità, riconnetta una responsabilità disciplinare del Notaio (non apparendo sufficiente a giustificare quest'ultima un giudizio di disvalore del quale le parti dell'atto possono in realtà disporre), S. MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali*, cit., 693.

²² Nel criticare la tesi (cfr. S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, Milano, 2010, II, 1248 ss.) secondo cui, una volta ammesso che la trattativa individuale valga *ex ante* ad escludere la vessatorietà della clausola, sarebbe incongruo denegare un pari valore validativo al contegno (successivo) del consumatore che sia espressione di una consapevole volontà sanante, G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e mercato* 2014, 24 ss., propende per riconnettere all'atto di opposizione al rilievo d'ufficio una rilevanza esclusivamente processuale, come tale insuscettibile di produrre un effetto eliminativo della nullità, che potrebbe pertanto essere fatta accertare in un diverso processo anche in via surrogatoria.

²³ Così M. GIROLAMI, voce *Nullità di protezione*, in *Enc. dir.- Contratto*, Milano, 2021, 720; nonché S. PAGLIANTINI, *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 946.

giurisprudenza della corte di Giustizia UE) si atteggierebbe come una convalida *sui generis* (l'esercizio della facoltà di non avvalersi della nullità ovvero l'eventuale dichiarazione sanante potendo essere emessa solo nel momento in cui sia divenuto attuale l'uso del diritto/potere del professionista disciplinato dalla clausola o dal contratto), occorre notare che, proprio di recente, relativamente a una ipotesi di recupero dell'atto nullo introdotto dalla legislazione speciale in materia urbanistica (art. 29 l. 52/1985), la Cassazione ha precisato che può stimarsi pacifico il principio secondo cui, in tema di responsabilità disciplinare del Notaio, il divieto di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge è violato nel momento stesso della redazione della clausola nulla inserito nell'atto rogato dal professionista, in quanto la redazione della clausola segna il momento di consumazione istantanea dell'illecito, sul quale non possono spiegare efficacia sanante o estintiva della punibilità eventuali rimedi proposti dal legislatore per conservare, ai fini privatistici, l'atto medesimo²⁴.

Apparentemente più suggestivo, ma in realtà privo di reale persuasività, si rivela pure il timore che il rimedio possa rivelarsi peggiore del male. A ben vedere, come desumibile dalla stessa giurisprudenza in tema di concessione abusiva del credito²⁵, costituisce precipuo interesse dell'ordinamento non la

²⁴ Cfr. Cass. 15 settembre 2022, n. 27181.

²⁵ Il riferimento è naturalmente a Cass. 30 giugno 2021, n. 18610, che ha consacrato l'idea di credito sostenibile. Per un primo commento della pronuncia richiamata, peraltro seguita dalla conforme Cass. 14 settembre 2021, n. 24725, v. A.A. DOLMETTA, *Merito creditizio e concessione abusiva del credito dopo Cass. n. 18610/2021*, in *Dialoghi dir. econ.* ottobre 2021, reperibile in www.dirittobancario.it; D. MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato della banca e la concessione abusiva o imprudente*, *ivi*, novembre 2021; S. DELLE MONACHE, *Concessione abusiva del credito e legittimazione del curatore*, in *Fall.* 2021, 1329; B. INZITARI, *L'azione del curatore per abusiva concessione del credito*, 5 agosto 2021, in www.dirittodellacrisi.it. È noto che l'idea di credito sostenibile si basa sul ribaltamento del diffuso convincimento secondo cui il finanziamento sarebbe in ogni caso percepibile come atto che avvantaggia colui che lo riceve, in quanto l'affluenza di liquidità, fornendo maggiori disponibilità economiche al sovvenuto, allargherebbe la gamma di iniziative economiche avviabili. Invero, il convincimento per il quale un finanziamento si concreterebbe sempre in un arricchimento per il destinatario finisce per trascurare che l'incremento di disponibilità connesso alla ricezione della somma viene congiuntamente bilanciato dall'obbligo di restituire la somma ricevuta aumentata di interessi e oneri e spese (così B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in www.ilcaso.it, n. 58/2007; U. MINNECI, *Mutui fondiari e interesse del creditore: est modus in rebus*, in *Banca borsa tit. cred.* 2014; II, 134 ss.). A ben vedere, l'utilità di un finanziamento a favore dell'impresa non può prescindere dalla esistenza di un piano industriale che permetta di coprirne il costo, come per qualsiasi altro fattore produttivo; che consenta cioè di

concessione di un finanziamento pur che sia, ma la conformità del finanziamento offerto a determinate caratteristiche e/o requisiti (tra cui per l'appunto l'assenza di clausole abusive); e ciò tanto più quando il prestito si trovi incardinato in contratti-prodotto, ovvero in contratti seriali che riproducono il format delineato una volta per tutte da una decisione assunta unilateralmente a monte dall'impresa²⁶. Del resto, tenuto conto che una questione di responsabilità disciplinare è destinata a porsi solo nelle ipotesi di nullità inequivoca²⁷, appare ragionevole attendersi che il rifiuto di ricevere l'atto risulti generalizzato; con la conseguenza di poter ravvisare in tutto ciò, prima ancora che un disagio per il soggetto interessato al prestito, un formidabile incentivo per la banca a immettere sul mercato prodotti *compliant*. Diversamente, si rischia di incorrere nel paradosso secondo cui l'attività di informazione e/o segnalazione della esistenza di clausole potenzialmente vessatorie sarebbe da considerare di particolare giovamento e utilità per la banca anziché per il consumatore, perché mentre quest'ultimo sarebbe

trarre utili in maniera tale da far fronte al gravame degli interessi, assicurando altresì la provvista da rimborsare (diversamente, si avrebbe solo la sostituzione di una esposizione a breve verso lavoratori e fornitori con una più onerosa verso il ceto bancario).

²⁶ Per l'inquadramento come (contratti o) prodotti di impresa dei finanziamenti concessi dalle banche attraverso condizioni generali di contratto, v. A.A. DOLMETTA, *La valutazione del merito del credito*, cit., 315.

²⁷ Sulla possibilità di tradurre l'inciso «atti espressamente proibiti dalla legge» di cui all'art. 28 l. not. con la formula «atti nulli inequivocabilmente, ovvero per effetto di un consolidato orientamento dottrinale, v. Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, cit. In letteratura, v. P. ZANELLI, *La nullità "inequivoca"*, in *Contratto impr.* 1998, 1253 ss.; nonché A.A. DOLMETTA, *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile*, cit., 88 ss., il quale precisa che la sussistenza o meno di un consolidato orientamento dottrinale finisce per fungere da strumento misuratore della (in)certezza. Tale autore segnala altresì come anche nell'alveo dell'art. 1937 c.c. la forma *espressa* della dichiarazione di prestare fideiussione venga correntemente intesa come indicante una manifestazione priva di incertezze e ambiguità. Il tutto con l'ulteriore notazione che la formula «orientamento consolidato» non alluderebbe ad alcunché di fisso e immutabile, dal momento che un orientamento verrebbe a consolidarsi frazione temporale per frazione temporale, in sintonia con un'attività di aggiornamento e approfondimento sicuramente consentanea alla funzione della professione notarile. Da rilevare che Cass. 20 luglio 2011, n. 15892 ha finito per far coincidere il concetto di nullità inequivoca con quello di nullità desumibile desumibile dal diritto vivente, ovvero dalla giurisprudenza consolidata della Suprema Corte (così S. PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio*, cit., 120).

tutelato dalla nullità relativa, la banca potrebbe vedersi excepta la nullità di talune clausole in quanto vessatorie²⁸.

D'altro canto, non arriva a convincere neppure l'idea che parlare di nullità assoluta significhi evocare necessariamente la nullità codicistica²⁹ e conseguentemente identificare gli atti espressamente proibiti dalla legge con i contratti che, ripugnando ad interessi generali dell'ordinamento, risultano assoggettati alla regola per la quale chiunque vi abbia interesse può farne valere l'invalidità; con il risultato di tenere fuori dal perimetro operativo dell'art. 28 della legge notarile le c.d. nullità di protezione, in quanto dirette a proteggere al più interessi di categoria, come peraltro desumibile dalla previsione della legittimazione relativa.

Occorre infatti rilevare che la visione appena richiamata – oltre ad essere contestata da larghi strati della dottrina³⁰ – si rivela superata anche dal diritto vivente. Per la Corte di Giustizia unionale costituisce infatti un passaggio quasi tralaticio la sottolineatura della caratura pubblica dell'interesse sottostante alla tutela dei consumatori e della sua importanza³¹; le stesse

²⁸ In effetti, nel Commento alla Regola n. 17 (non ancora in vigore e) intitolata «I mutui bancari e le clausole vessatorie» si legge che «il Codice del Consumo può costituire un'occasione per il Notariato per assumere un ruolo più attivo nel settore dei mutui ipotecari. L'attività del Notaio, volta a segnalare l'esistenza di clausole potenzialmente vessatorie, 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 excepta la nullità di talune clausole in quanto vessatorie».

²⁹ Non è inopportuno rilevare che il riferimento allo schema codicistico appare destinato ad includere la nullità nella duplice variante, totale e parziale: «se infatti il tratto tipico dell'attività notarile è la funzione antiprocessuale, rogare un contratto, che le parti non avrebbero stipulato senza quella parte sospetta sin dall'inizio di nullità, mina evidentemente quella certezza dei rapporti giuridici alla cui tutela l'agire del notaio è costitutivamente servente» (così S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 109).

³⁰ Cfr. G. PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.* 2001, 460, che richiama il concetto di ordine pubblico di protezione; A.A. DOLMETTA, *op. ult. cit.*, 86, laddove rimarca il forte giudizio di disvalore che l'ordinamento esprime netto nei confronti delle clausole abusive perché violatrici di norme (certo imperative e inderogabili) poste a tutela dei consumatori; G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, in *Rass. dir. civ.* 2006, 841; M. GIROLAMI, *op. cit.*, 717; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Rimedi-1* a cura di A. GENTILI, in *Trattato Contratto* diretto da V. ROPPO, Milano, IV, 2023, 153 ss.

³¹ Solo per citarne alcune, v. Corte di Giustizia, dec. 15 giugno 2023, C-520/21; dec. 21 settembre 2023, C-139/22; nonché da ultima dec. 23 novembre 2023, C-321/22.

Sezioni Unite³² non esitano a riconoscere alle nullità di protezione una natura ancipite, in quanto previste non solo in funzione della protezione del soggetto debole della contrattazione, ma anche della tutela dell'interesse generale a un corretto funzionamento del mercato. Anche in letteratura, si suole sottolineare come se le leggi proteggono i consumatori non è soltanto perché occorre offrire un rimedio giuridico alla tutela dell'interesse individuale pregiudicato, ma anche perché in negoziazioni di tipo seriale dalle quali dipende l'efficienza del mercato il legislatore non può rimanere indifferente alle inefficienze che sorpresa, disinformazioni, abusi producono³³. E questo è un interesse generale, espressione dell'ordine pubblico di direzione e non della sola protezione di una parte. Proprio di recente, una autorevole dottrina, nel definire il c.d. diritto privato regolatorio (di cui la legislazione in tema di consumatore fa senz'altro parte) ha avuto modo di precisare che tale deve intendersi una disciplina di rapporti tra privati, ma non da una prospettiva puramente relazionale (o orizzontale), ma da una prospettiva (verticale) in cui l'ottimale svolgimento del rapporto non è un fine in sé, ma è strumentale ad altri obiettivi³⁴.

5. – Se dunque appare una forzatura negare ingresso all'art. 28 in ragione del presunto carattere non pubblico e/o generale dell'interesse tutelato, rimane da approfondire il tema della difficoltà per il Notaio di accertare il carattere (non potenzialmente ma realmente) abusivo delle clausole³⁵.

Per la verità, un autore ha già avuto modo di osservare che il tema andrebbe comunque circoscritto alle clausole appartenenti alla lista grigia. Per

³² Il riferimento è alle pronunce gemelle delle Sez. un. 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243.

³³ Così A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. notar.* 2010, 296, il quale osserva altresì come la protezione del singolo risulti indissolubilmente legata all'interesse generale e da ciò trae argomento per constatare la sussistenza nelle nullità di protezione di entrambe le anime della nullità: quella protettiva e quella repressiva.

³⁴ Si tratta della suggestiva prospettiva presentata da F. DENOZZA attraverso la Relazione dal titolo *I formanti ideologici del diritto privato bancario* tenuta nell'ambito del Convegno *Il Diritto bancario nell'oggi (VI edizione)*, svoltosi il 19 e 20 ottobre 2023 presso l'Università degli Studi di Milano.

³⁵ Rileva peraltro S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 101 che la serialità contenutistica dei contratti con i consumatori è destinata ad evocare, col tempo, delle *Fallgruppen*, sinonimo di clausole contrattuali tipo (ed insieme) di un accertamento semplificato; considerazioni analoghe in G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 841. Semmai è il caso di aggiungere che uno scenario simile appare suscettibile di proporsi ogni volta che la banca ricorra alla tecnica di contrattazione delle condizioni generali.

quelle della *black list*, la valutazione in termini di abusività resterebbe confermata anche nell'ipotesi di evidenza di una reale trattativa³⁶.

Ma, al di là di tale spunto, sussistono forse le condizioni per allargare ulteriormente gli spazi di operatività della responsabilità disciplinare nell'ambito in esame e quindi per chiamare il Notaio – esaltandone la funzione antiprocessuale - a concorrere in maniera più incisiva all'*enforcement* contro le condizioni vessatorie: il tutto pur sempre nel rispetto della regola per la quale il rifiuto di ricevere dell'atto potrà aversi solo in caso di abusività (*rectius nullità*) inequivoca della clausola.

Occorre infatti notare che l'introduzione di nuovi strumenti quali da un lato l'azione collettiva inibitoria³⁷, dall'altro l'amministrativizzazione della tutela dei consumatori attraverso il rafforzamento dei poteri riconosciuti in materia all'AGCM hanno esteso il c.d. controllo di abusività in astratto³⁸.

Non sembra pertanto azzardato ipotizzare che, di fronte a provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato divenuti definitivi (in quanto impugnati o comunque confermati dal Giudice amministrativo) e a sentenze che inibiscano l'utilizzo nel futuro di determinate clausole, la riproposizione, nel format contrattuale offerto in sottoscrizione, di clausole identiche e/o analoghe valga a ingenerare una presunzione forte di abusività, tale da giustificare la richiesta – veicolabile in sede di Relazione preliminare³⁹ – da parte del Notaio nei confronti del professionista di fornire idonea evidenza dell'avvenuto svolgimento di una trattativa effettiva o della assenza

³⁶ Si tratta del pensiero di A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, cit., 299 e 301, muovendo dal presupposto che – a prescindere dalla risposta che si intenda fornire alla domanda come possa un notaio sapere se la clausola abusiva è stata negoziata – occorre in ogni caso tenere ferma la soluzione giurisprudenziale per la quale gli atti espressamente proibiti dalla legge sarebbero solo quelli in cui il vizio dia luogo *in modo inequivoco* alla nullità.

³⁷ Il riferimento è al rimedio plasmato dall'art. 37 Cod. cons.

³⁸ Cfr. art. 37-bis Cod. cons., come novellato dal d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26. Preme aggiungere che l'inserzione di clausole abusive nei contratti con i consumatori è stato elevato ad illecito amministrativo perseguibile con sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dalla stessa AGCM.

³⁹ Oltre a riprendere un suggerimento della Regola n. 17 (v. *supra*, nota 28), il passaggio ipotizzato nel testo presenterebbe il duplice vantaggio da un lato di non limitare lo scrutinio sulla clausola a una valutazione in astratto, dall'altro di non esigere dal Notaio comportamenti da *detective*. D'altro canto, ribaltare sul professionista l'onere di dimostrare che, malgrado il ricorso allo strumento delle condizioni generali di contratto, la specifica clausola potenzialmente abusiva ha formato oggetto di una trattativa *ad hoc*, appare pure coerente con il principio della vicinanza della prova.

nel testo contrattuale (anche alla luce di una valutazione complessiva delle sue varie clausole) di un reale squilibrio tra diritti e obblighi.

In difetto di tale prova, sussisteranno le condizioni per ravvisare un divieto – presidiato dall’art. 28 l. notar. - di rogare l’atto che continui a presentare le clausole sospette.

Del resto, non può neppure passare inosservato che proprio di recente la Corte di Giustizia⁴⁰ ha posto le basi per una valorizzazione delle c.d. *Fallengruppen*, precisando che la direttiva 93/13 non osta a che una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale sia considerata abusiva dalle autorità nazionali interessate per il solo fatto che il suo contenuto è equivalente a quello di una clausola di un contratto tipo iscritta nel registro nazionale delle clausole di condizioni generali considerate illecite.

UNFAIR CLAUSES AND ROLE OF NOTARY

Il presente articolo si propone di verificare se dalla stipulazione per atto pubblico o scrittura privata autenticata di un contratto di finanziamento contenente clausole abusive possa derivare una qualche responsabilità a carico del notaio.

The article aims to verify whether the stipulation of a financing contract containing unfair clauses may result in any liability for the notary who signed the deed.

⁴⁰ Dec. 21 settembre 2023, C-139/22.