

Archivio selezionato: Sentenze Cassazione civile

Autorità: Cassazione civile sez. III

Data: 20/03/2010

Numero: 6802

Classificazioni: COMPETENZA CIVILE - Competenza per territorio - - in genere

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

| | | | | |
|-------------------|------------------|---|------------------|---|
| Dott. PREDEN | Roberto | - | Presidente | - |
| Dott. FINOCCHIARO | Mario | - | Consigliere | - |
| Dott. MASSERA | Maurizio | - | Consigliere | - |
| Dott. SEGRETO | Antonio | - | Consigliere | - |
| Dott. SCARANO | Luigi Alessandro | - | rel. Consigliere | - |

ha pronunciato la seguente:

ordinanza

sul ricorso proposto da:

N.C., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA A. SERPIERI 8, presso lo studio dell'avvocato GAETANO BUSCEMI, rappresentato e difeso dall'avvocato MANIACI VINCENZA, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

COOPERATIVA EDILE FAGITANA S.C., in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEL VIMINALE 43, presso lo studio dell'avvocato CERASA ETTORE MARIA, rappresentata e difesa dall'avvocato PANTEZZI STEFANO, giusta procura speciale in calce alla memoria di costituzione;

- resistente -

avverso il provvedimento n. R.G. 156/08 del TRIBUNALE di TRENTO del 9/01/09, depositato il 12/01/2009;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 28/01/2010 dal Consigliere Relatore Dott. LUIGI ALESSANDRO SCARANO; è presente il P.G. in persona del Dott. EDUARDO VITTORIO SCARDACCIONE.

Fatto

PREMESSO IN FATTO

E' stata depositata in cancelleria relazione che, emendata da errori materiali, di seguito si riproduce:

"Il sig. N.C. propone istanza di regolamento di competenza avverso l'ordinanza del 12/1/2009 emessa dal G.I. del Tribunale di Trento di rigetto della sollevata eccezione di incompetenza territoriale per dedotta violazione del foro del consumatore, deducendo trattarsi di controversia avanti a quel giudice introdotta dalla Coop. Edile Fagitana s.c.a.r.l. con domanda di pagamento di somme asseritamente dovute in relazione all'esecuzione di contratto d'appalto stipulato per la ristrutturazione dell'immobile di sua proprietà sito in (OMISSIS).

Con unico complesso motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 3, art. 33 lett. u), ss., artt. 1469 bis ss. e 1341 c.c. in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Si duole che il giudice adito abbia erroneamente escluso l'applicabilità nel caso della suindicata disciplina di tutela del consumatore, laddove non può esservi dubbio alcuno che in questa fattispecie si verte in chiara ipotesi di contratto con il consumatore perchè il contratto di appalto del (OMISSIS) è stato stipulato tra la persona fisica del consumatore sig. N.C. e l'impresa appaltatrice Cooperativa Edile Fagitana a.r.l. ed in quel contratto la clausola con cui, senza nessuna specifica trattativa, nè specifica approvazione nè duplice necessaria sottoscrizione, si è stabilita come sede del foro competente località diversa da quella di residenza del consumatore (ovvero

(OMISSIS), sede dell'impresa, invece che Catania, residenza del convenuto) è vessatoria (cit. D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 33, comma 2, lett. U) e art. 1341 c.c.) e priva di effetto.

Lamenta essere nel caso evidente che con il contratto di appalto per cui è giudizio il sig. N. ha concluso un contratto per soddisfare esigenze estranee alla sua attività (lavori edili, idraulici ed elettrici per la ristrutturazione di un suo immobile) mentre la Cooperativa Edile Fagitana ha posto in essere un contratto strettamente e specificamente inerente l'esercizio della sua propria attività imprenditoriale e nell'ambito di questa.

Lamenta ulteriormente non rimanere la vessatorietà, e quindi la conseguente nullità, della clausola contrattuale di determinazione della competenza territoriale nel caso esclusa in ragione della coincidenza con uno dei fori legali di cui agli artt. 18 e 20 c.c. atteso che la competenza a decidere ogni controversia concernente il contratto de quo è unicamente quella, speciale ed esclusiva, coincidente con il foro del convenuto-consumatore, e pertanto quella del Tribunale di Catania - Sezione distaccata di Mascalucia.

Pone conclusivamente alla Corte i seguenti quesiti.

1) In ipotesi in cui le somme richieste dalla parte attrice siano incerte, illiquide ed inesigibili e non risultino dalla fonte convenzionale, non siano determinate nè facilmente determinabili in base agli elementi precostituiti nel titolo convenzionale nè solo in base ad un semplice calcolo aritmetico, dovendosi invece ancora determinare e liquidare dalle parti o, in loro sostituzione dal giudice, mediante indagini ed operazioni diverse dal semplice calcolo aritmetico, si verte in una delle ipotesi fra quelle previste dall'art. 1182 c.c., comma 4, (ovvero il domicilio del debitore quale luogo di adempimento) e, quindi, se (o che) ai fini della individuazione del giudice competente ai sensi dell'art. 20 c.p.c. non è rilevante la qualificazione del contratto essendo determinante, invece, la circostanza che il prezzo o corrispettivo della prestazione convenuta non risulta determinato convenzionalmente, con la conseguenza che il credito vantato deve ritenersi illiquido, ed a tali casi si applicano le regole generali sulla competenza per territorio, ex art. 18 c.c., ed il foro territorialmente competente è quello del convenuto;

2) Ai sensi delle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005 e succ. mm., e ii. è consumatore il soggetto-persona fisica che, anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un contratto (avente ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, nella specie appalto privato di lavori di ristrutturazione edili, elettrici ed idraulici) per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività, mentre deve essere considerato professionista sia la persona fisica, sia quella giuridica, pubblica e/o privata, che, invece, utilizza il contratto (avente ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi) nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale e se (o che) in tali casi si applica la disciplina di cui all'art. 1469 bis c.c. e, dunque, anche l'art. 1341 c.c. in materia di vessatorietà delle clausole che eventualmente stabiliscano, senza alcuna specifica trattativa ed approvazione, come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o di domicilio elettivo del consumatore;

3) In tema di contratti del consumatore, per il principio del favor voluto dal legislatore del D.Lgs. n. 206 del 2005, il foro del consumatore - quale che sia la sua posizione processuale - è esclusivo, ed appunto, esclude ogni altro, in particolare anche quelli di cui agli artt. 18 e 20 c.p.c., e si pone rispetto alla normativa codicistica come foro speciale, sicchè la clausola contrattuale che stabilisca come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o di domicilio elettivo del consumatore, anche se il foro indicato come competente coincida con uno dei fori legali di cui agli artt. 18 e 20 c.c. è vessatoria e, pertanto, invalida, nulla e priva di giuridico effetto;

4) In materia di contratti del consumatore, è stato previsto un nuovo foro speciale ed esclusivo rispetto ad ogni altro, con la conseguenza che, qualsiasi clausola che abbia a stabilire un foro diverso da quello di residenza del consumatore è da ritenersi vessatoria, priva di effetto e contro legge, in quanto determinante a carico del consumatore un significativo squilibrio dei suoi diritti processuali.

Resiste con controricorso la Coop. Edile Fagitana s.c.a.r.l., deducendo risultare per tabulas che il contratto intervenne tra il professionista Cooperativa Fagitana, impresa edile, e l'Architetto N.C. in

qualità di proprietario e di progettista dei lavori, sicchè Pare evidente che l'arch. N. ha deliberatamente ed espressamente concluso il contratto in una qualità, quella di progettista, che era e non poteva che essere professionale, perchè in mancanza di tale qualità non avrebbe potuto stipulare il contratto nella veste dichiarata. E stipulare il contratto in qualità di progettista significa sottoscriverlo nell'esercizio della professione o quantomeno per uno scopo connesso ... A rigore, atteso che l'arch. N. si è comunque presentato sin dalle trattative precontrattuali come progettista e come direttore dei lavori sarebbe stato da considerare professionista, anche se avesse poi firmato il contratto solo come proprietario, perchè le norme di protezione hanno un senso solo in quanto tutelano un soggetto debole, e una stessa persona non può essere utente e professionista contemporaneamente nello stesso contratto. E' semmai irrilevante che l'arch. N. fosse anche proprietario, anzichè solo mandatario del proprietario.

Il ricorso dovrà essere dichiarato fondato nei termini di seguito indicati.

Trattasi nel caso di contratto, redatto per scrittura privata, di appalto privato negoziato tra i signori T.J. ... in qualità di legale rappresentante della società cooperativa Cooperatva Edile Fagitana ed il committente Architetto N. C., nato a (OMISSIS) ... residente a (OMISSIS) ... in qualità di proprietario dell'immobile sito in (OMISSIS) frazione del comune di (OMISSIS) e di progettista dei lavori successivamente descritti, per l'esecuzione dei lavori inerenti la sostituzione del tetto e altre opere murarie, idrauliche ed elettriche dell'immobile sito in (OMISSIS) frazione del comune di (OMISSIS).

Contratto recante in chiusura la clausola del seguente tenore: Le parti convengono che per qualunque controversia il foro competente è il foro di Trento. Con a seguire le firme di entrambe le parti, al di sotto della formula Per accettazione di tutte le clausole.

Nell'impugnato provvedimento il giudice di merito ha dichiarato che l'eccezione di incompetenza per territorio risulta infondata, non vertendosi nell'ambito di contratti con il consumatore.

Va anzitutto osservato che la disciplina dettata dal D.Lgs. n. 206 del 2005 (cd. Codice del consumo), in cui è stata riversata quella dettata al Capo 15[^] bis c.c., è applicabile ai contratti stipulati tra il consumatore ed il professionista (D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 3, comma 1).

Siffatta applicazione prescinde invero dal tipo contrattuale dalle parti poste in essere (e ciò già in base alla previgente disciplina recata all'art. 1469 bis ss. c.c., a fortiori all'esito della soppressione dell'inciso che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazioni di servizi da parte della L. n. 526 del 1999, art. 25 - Legge Comunitaria del 1999), e dalla natura della prestazione oggetto del contratto (v. Cass., 24/11/2008, n. 27911), essendo rilevante, come sottolineato anche in dottrina, il mero fatto che risulti concluso un contratto tra un soggetto (professionista) per il quale lo stesso costituisca atto di esercizio della professione, e cioè dell'attività imprenditoriale o di professionista intellettuale (v.

Cass., 27/2/2009, n. 4914; Cass., 26/9/2008, n. 24257) o che rientri nel quadro della medesima in quanto volto a realizzarne una connessa finalità (v. Cass., 10/7/2008, n. 18863; Cass., 13/6/2006, n. 13643), ed altro soggetto (consumatore) per il quale, pur essendo se del caso il medesimo un professionista, il contratto sia funzionalizzato a soddisfare viceversa esigenze della vita comune di relazione estranee all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale (cfr. già Cass., 25/7/2001, n. 10127).

Orbene, dal sopra riportato tenore testuale dell'accordo contrattuale emerge evidente che il contratto ha ad oggetto la ristrutturazione di un immobile da parte della società Cooperatva Edile Fagitana, la quale ha stipulato in vista dell'espletamento dell'attività imprenditoriale sua propria, e pertanto sicuramente nella qualità di professionista, in favore del committente sig. N., al fine della realizzazione delle proprie esigenze di proprietario dell'immobile di abitazione in questione, laddove nessun elemento idoneo a diversamente deporre viene al riguardo quantomeno dedotto dalla odierna controricorrente (cfr. Cass., 21/7/2006, n. 16752), non potendo invero riconoscersi decisivo rilievo, al fine di addivenire alla conclusione che la stipulazione del contratto abbia per il committente nel caso integrato atto della sua attività di architetto, alla mera circostanza che

l'esecuzione dei commissionati lavori dovesse nella specie avvenire sulla base di un progetto dal medesimo redatto.

Ricorrono a tale stregua le condizioni per l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore dettata al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss. (cd. Codice del consumo), giacchè - come anche in dottrina si è osservato - allorché come nella specie stipula un contratto non nell'esercizio della sua professione un soggetto è invero per ciò stesso debole rispetto alla controparte per la quale invece tale stipulazione integri un atto della professione, con conseguente necessità di farsi pertanto luogo al giudiziale controllo, di carattere sostanziale, della regolamentazione contrattuale dalle parti posta in essere.

La disciplina di tutela in argomento deve allora ricevere in tale ipotesi comune e generale applicazione, in presenza cioè sia di contratti conclusi mediante moduli o formulari unilateralmente predisposti - in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti - da uno dei contraenti, sia di contratto da uno dei contraenti predisposto in vista della singola stipula per lo specifico affare (v. Cass., 27/2/2009, n. 4914; Cass., 26/9/2008, n. 24262).

Trattasi di disciplina invero altra e diversa da quella - concorrente - posta dall'art. 1341 ss. c.c. essendosi al riguardo sottolineato che, laddove l'onerosità ex art. 1341 c.c., comma 2 attiene a contratti unilateralmente predisposti da un contraente in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, la vessatorietà D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 33 ss. può invece attenere anche al singolo contratto (v.

Cass., 26/9/2008, n. 24262).

La disciplina posta dal Codice del consumo è infatti volta a garantire e tutelare il consumatore dalla unilaterale predisposizione e sostanziale imposizione del contenuto contrattuale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso, sostanziandosi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale, nella fondamentale espressione rappresentata dalla libertà di determinazione del contenuto del contratto.

Con conseguente alterazione, su un piano non già solamente economico, della posizione paritaria delle parti contrattuali idoneo a ridondare, mediante l'imposizione del regolamento negoziale unilateralmente predisposto, sul piano dell'abusivo assoggettamento di una di esse (l'aderente) al potere (anche solo di mero fatto) dell'altra (il predisponente).

Evidente è pertanto che non solo mediante la unilaterale predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, ma anche in occasione della stipulazione come nella specie di un singolo contratto redatto per uno specifico affare, il professionista può invero, mediante l'unilaterale predisposizione ed imposizione del relativo contenuto negoziale, affermare la propria autorità (di fatto) contrattuale sul consumatore.

La lesione dell'autonomia privata del consumatore, riguardata sotto il segnalato particolare aspetto della libertà di determinazione del contenuto dell'accordo, fonda allora sia nell'una che nell'altra ipotesi l'applicazione della disciplina di protezione in argomento.

Nel che si coglie la pregnanza e la specificità del relativo portato.

A precludere l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore in argomento è invero necessario che ricorra il presupposto oggettivo della trattativa D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 34, comma 4, caratterizzata dagli indefettibili requisiti della individualità, serietà ed effettività (v. Cass., 26/9/2008, n. 24262).

Trattativa la cui sussistenza è pertanto da considerarsi un prius logico rispetto alla verifica della sussistenza del significativo squilibrio in cui riposa l'abusività della clausola o del contratto, sicchè spetta al professionista che invochi la relativa inapplicabilità dare la prova del fatto positivo dello svolgimento della trattativa e della relativa idoneità, in quanto caratterizzata dai suindicati imprescindibili requisiti, ad atteggiarsi ad oggettivo presupposto di esclusione dell'applicazione della normativa in argomento (v. Cass., 26/9/2008, n. 24262. Cfr. altresì Cass., 28/6/2005, n. 13890).

In giurisprudenza di legittimità si è affermato, con riferimento alle disposizioni di cui all'art. 1469 bis c.c., comma 3, n. 19, e art. 1469 ter c.c. che il cd. foro del consumatore è esclusivo ma

derogabile, altresì precisandosi che la presunzione di vessatorietà della clausola di relativa deroga è superabile, ad onere del professionista, solamente con la dimostrazione dell'essere (quantomeno solamente) la medesima stata oggetto di specifica trattativa (v. Cass., 24/11/2008, n. 27911; Cass., 6/9/2007, n. 18743). E ciò anche laddove la pattuizione si sia tradotta nell'indicazione derogatoria di una località coincidente con l'applicazione di uno dei criteri delineati dal codice di rito (v. Cass., Sez. Un., 1/10/2007, n. 14669. V. altresì Cass., 23/2/2007, n. 4208; Cass., 8/3/2005, n. 5007).

Sotto altro profilo, questa Corte ha sottolineato che allorquando come nella specie il consumatore, convenuto avanti a foro diverso da quello proprio, eccepisca l'incompetenza territoriale del giudice avanti al quale è stato tratto, al medesimo incombe di allegare che trattasi di controversia concernente un contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, ovvero come nella specie dal professionista unilateralmente predisposto per il singolo affare.

Atteso che, avuto riguardo ai sopra richiamati precedenti, questa Corte ha già avuto modo di precisare che la trattativa spiega invero rilievo non già ai fini dell'accertamento della vessatorietà o abusività della clausola bensì dell'applicazione o meno della disciplina di tutela del consumatore in argomento, di cui come detto costituisce oggettivo presupposto di esclusione (v. Cass., 26/9/2008, n. 24262), va conseguentemente osservato che in presenza della suindicata allegazione da parte del consumatore convenuto spetta quindi al professionista, che contrapponga la sussistenza di una clausola di deroga del foro del consumatore, dare la prova positiva che essa è stata oggetto di specifica trattativa idonea - in quanto caratterizzata dagli imprescindibili requisiti della individualità, serietà ed effettività - ad escludere l'applicazione della disciplina di tutela del consumatore (ora) posta dal Codice del consumo.

Come anche in dottrina osservato, con specifico riferimento al disposto normativo dell'art. 1469 ter c.c., comma 4 (nel sottolinearsi la diversità al riguardo della soluzione adottata dall'ordinamento italiano rispetto a quella posta dalla Direttiva 93/13/CEE), non è infatti l'assenza di trattativa a rilevare quale presupposto di applicazione della disciplina di tutela del consumatore in argomento, ma al contrario è lo svolgimento della trattativa ad atteggiarsi quale oggettivo presupposto di esclusione della relativa applicazione.

Non è allora il consumatore a dover provare il fatto negativo della mancanza di negoziazione, ma è invece il professionista che intenda far valere la disapplicazione, nel singolo caso concreto, della disciplina di tutela del consumatore a dover dare la prova del fatto positivo del prodromico svolgimento di una trattativa dotata dei caratteri essenziali suoi propri, quale fatto impeditivo della relativa applicazione.

Si evince, a tale stregua, che (così come già l'art. 1469 ter c.c., commi 4 e 5) il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 34, commi 4 e 5 debbono, come sostenuto anche in dottrina con riferimento alla analoga previgente normativa, essere letti non già in termini di contrapposizione, e facendo valere l'*argumentum a contrario*, bensì in modo collegato e coordinato, nel quadro di un'interpretazione sistematica che ne privilegi gli aspetti funzionali, riconoscendosi che al di là di ogni ridondanza formale il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 34, comma 5 (così come già l'art. 1469 ter c.c., commi 4 e 5) in realtà esplicita e ribadisce una regola sulla ripartizione della prova volta a favorire, o quantomeno ad alleggerire, la posizione processuale del consumatore, giacché nell'operare una scelta di carattere sicuramente qualitativo il legislatore ha come detto posto l'onere della prova in capo alla parte - il professionista - che in base al ruolo svolto (anche) nel rapporto contrattuale ha senz'altro maggiore possibilità di fornirla.

Tali principi sono stati da questa Corte già ritenuti senz'altro applicabili anche con riferimento alla previgente disciplina, analoga a quella ora posta dal D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u), cd. Codice del consumo (v. Cass., 26/9/2008, n. 24262).

Orbene, dalla Coop. Edile Fagitana s.c.a.r.l. nel caso non risulta invero data, e nemmeno offerta, prova alcuna circa l'avvenuto svolgimento della trattativa in argomento.

Allorquando come nella specie la disciplina di tutela del consumatore in argomento trova applicazione, ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u), (e già art. 1469 bis c.c., comma 3, n. 19) la clausola con la quale si deroga al cd. foro del consumatore, stabilendosi come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore, è quindi presuntivamente vessatoria.

Non trattandosi di ipotesi di vessatorietà iuris et de iure prevista (già all'art. 1469 quinquies c.c., comma 2 ed ora) al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 36, comma 2, (in base cioè a valutazione operata ex ante dal legislatore in ogni caso integrante il significativo squilibrio, sicchè l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore non rimane esclusa neanche in presenza di trattativa), bensì solamente iuris tantum, la presunzione di vessatorietà - deponente per la nullità D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 36, comma 2, di una o più clausole di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, può essere invero dal professionista vinta solamente fornendo idonea prova contraria, dimostrando cioè che nel caso concreto la clausola, valutata sia singolarmente che in connessione con le altre delle quali si compendia il contenuto del contratto, non realizza un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, in cui ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 1, la vessatorietà della clausola o del contratto (esclusivamente) si sostanzia.

Orbene, la Coop. Edile Fagitana s.c.a.r.l. non ha nel ' caso invero dato, e nemmeno offerto di dare, nemmeno prova idonea a vincere la presunzione di vessatorietà, D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 36, comma 2, lett. u) della clausola di deroga del foro del consumatore recata dal contratto de quo.

Assorbita ogni altra e diversa questione, ai suindicati quesiti andrà pertanto data risposta con l'enunciazione dei seguenti principi.

1) Ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u), nelle controversie tra consumatore e professionista la competenza territoriale spetta al giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo.

2) La disciplina di tutela del consumatore posta al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss. (cd. Codice del Consumo) prescinde dal tipo contrattuale dalle parti poste in essere e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, trovando applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formular in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti che di contratto singolarmente predisposto per uno specifico affare.

3) Se il consumatore, convenuto avanti a foro diverso da quello suo proprio, eccepisce l'incompetenza territoriale del giudice avanti al quale è stato tratto, al medesimo incombe di allegare che trattasi di controversia concernente contratto cui, pur essendo stato esso come nella specie individualmente negoziato, si applica la disciplina di tutela del consumatore, ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss..

4) Ai sensi dell'interpretazione sistematica e funzionale dell'art. 33 ss., e in particolare del D.Lgs. n. 206 del 2005, commi 4 e 5 dell'art. 34 incombe al professionista dare la prova che la clausola contrattuale di proroga della competenza, con deroga al foro del consumatore di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u) è stata oggetto di specifica trattativa, caratterizzata dagli indefettibili requisiti della individualità, serietà ed effettività; ovvero di dare prova idonea a vincere la presunzione di vessatorietà della clausola medesima, dimostrando che, valutata singolarmente e in connessione con le altre di cui si compendia il contenuto del contratto, nello specifico caso concreto essa non determina un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, in cui ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 1, (esclusivamente) si sostanzia la vessatorietà della clausola o del contratto.

5) In difetto di prova della trattativa, nonchè in difetto di prova idonea a vincere la presunzione di relativa vessatorietà, la clausola di deroga del foro del consumatore è nulla, anche laddove il foro indicato come competente risulti coincidente con uno dei fori legali di cui agli artt. 18, 19 e 20 c.c..

6) L'onerosità ex art. 1341 c.c., comma 2 attiene a contratti unilateralmente predisposti da un contraente in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, e la disciplina posta dall'art. 1341 ss. c.c. è altra e diversa da quella posta dal Codice del consumo, con la quale (solamente) in tale ipotesi concorre, laddove la vessatorietà D.Lgs. n. 206

del 2005, ex art. 33 ss. può invece attenere anche al rapporto contrattuale che come nella specie sia stato singolarmente ed individualmente negoziato per lo specifico affare.

In accoglimento del ricorso, l'impugnato provvedimento andrà dunque cassato, dovendo essere affermata l'applicabilità nel caso del cd.

foro del consumatore, ed indicato quale giudice competente per territorio il Tribunale di Catania".

La relazione è stata comunicata al P.G. e notificata ai difensori della parti costituite.

Il ricorrente non ha presentato memoria nè richiesta di audizione in camera di consiglio.

La controricorrente ha presentato memoria.

Il P.G. ha condiviso la relazione.

Diritto

RITENUTO IN DIRITTO

A seguito della discussione sul ricorso tenuta nella camera di consiglio il Collegio ha condiviso le osservazioni esposte nella relazione, con le precisazioni di seguito indicate.

Diversamente da quanto eccepito dalla controricorrente nella memoria ex art. 378 c.p.c., l'eccezione di incompetenza risulta essere stata nel caso dal convenuto (ed odierno ricorrente) tempestivamente sollevata già nella comparsa di costituzione e risposta (con proposizione altresì di domanda riconvenzionale), indicandosi come competente il Tribunale di Catania; nonchè riproposta alla 1^a udienza del 14/5/2008, all'esito della quale risulta essere stato emesso mero provvedimento di rinvio, ai fini della comparizione personale delle parti per il relativo interrogatorio libero e l'esperimento del tentativo di conciliazione.

Non avendo all'udienza del 9/7/2008 successivamente tenutasi il suddetto tentativo di conciliazione avuto esito positivo, all'ulteriore udienza di rinvio del 26/11/2008 il convenuto ha quindi ribadito la pregiudiziale eccezione d'incompetenza territoriale, specificamente evocando, nel censurare di vessatorietà la clausola di proroga della competenza de qua, il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss..

A tale stregua, deve ritenersi nel caso invero non ancora maturata a tale momento la preclusione all'esercizio dei poteri di 1^a udienza, che solamente l'adozione dei provvedimenti attinenti all'istruttoria probatoria vale a determinare (cfr. Cass., 3/9/1993, n. 9291), e pertanto tempestivamente sollevata l'eccezione di incompetenza territoriale de qua.

Senza sottacersi che non può in ogni caso assegnarsi in contrario rilievo alla circostanza che la vessatorietà della clausola di deroga al foro del consumatore sia stata nella specie inizialmente denunciata con riferimento all'art. 1341 c.c., che come indicato nella relazione trova concorrente applicazione con il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss. (cd. Codice del consumo), atteso che giusta principio consolidato in giurisprudenza di legittimità spetta al giudice decidere secondo diritto della eccezione, applicando ai fatti allegati le pertinenti norme di diritto (cfr. Cass., 20/11/2002, n. 16369), non essendo nella relativa indagine il giudice di merito e del pari quello di legittimità condizionato dalla formula adottata dalla parte ma dovendo avere essenzialmente riguardo al contenuto sostanziale della pretesa, desumibile, oltre che dal tenore delle deduzioni svolte nell'atto introduttivo e nei successivi scritti difensivi, anche dallo scopo cui la parte mira con la sua richiesta (cfr. Cass., 26/6/2007, n. 14751; Cass., 6/4/2006, n. 8107).

Nel sottolinearsi, da un canto, che l'applicabilità della disciplina di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, commi 1 e 2, lett. u), (cd. Codice del consumo), e già dell'art. 1469 bis c.c., commi 1 e 3, n. 19 al contratto di prestazione d'opera professionale, è stata da questa Corte affermata, oltre che da Cass. n. 24262 del 2008 richiamata nella relazione, altresì in relazione a domande d'inesatto adempimento di contratti di prestazione professionale medica conclusi tra medico e paziente (v. Cass., 27/2/2009, n. 4914;

Cass., 2/1/2009, n. 20); e, da altro canto, che la Coop. Edile Fagitana s.c.a.r.l. ha nei propri scritti difensivi ammesso di non avere assolto agli oneri probatori su di essa - alla stregua di quanto indicato nella relazione -, incumbenti, nella sua qualità di "professionista", deve essere pertanto nel caso dichiarata la competenza per territorio del Tribunale di Catania.

Il Collegio ritiene dunque di porre a fondamento della decisione i seguenti principi di diritto:

1) Ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u), nelle controversie tra consumatore e professionista la competenza territoriale spetta al giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo.

2) La disciplina di tutela del consumatore posta al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss. (cd. Codice del Consumo) prescinde dal tipo contrattuale dalle parti poste in essere e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, trovando applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti che di contratto singolarmente predisposto per uno specifico affare.

3) Se il consumatore, convenuto avanti a foro diverso da quello suo proprio, eccepisce l'incompetenza territoriale del giudice avanti al quale è stato tratto, al medesimo incombe di allegare che trattasi di controversia concernente contratto cui, pur essendo stato come nella specie individualmente negoziato, si applica la disciplina di tutela del consumatore, ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss..

4) Ai sensi dell'interpretazione sistematica e funzionale dell'art. 33 ss., e in particolare del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 34, commi 4 e 5 incombe al professionista dare la prova che la clausola contrattuale di proroga della competenza, con deroga al foro del consumatore di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u), è stata oggetto di specifica trattativa, caratterizzata dagli indefettibili requisiti della individualità, serietà ed effettività; ovvero di dare prova idonea a vincere la presunzione di vessatorietà della clausola medesima, dimostrando che, valutata singolarmente e in connessione con le altre di cui si compendia il contenuto del contratto, nello specifico caso concreto essa non determina un "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto", in cui ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 1, (esclusivamente) si sostanzia la vessatorietà della clausola o del contratto.

5) In difetto di prova della trattativa, nonchè in difetto di prova idonea a vincere la presunzione di relativa vessatorietà, la clausola di deroga del foro del consumatore è nulla, anche laddove il foro indicato come competente risulti coincidente con uno dei fori legali di cui agli artt. 18, 19 e 20 c.c..

6) L'onerosità ex art. 1341 c.c., comma 2 attiene a contratti unilateralmente predisposti da un contraente in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, e la disciplina posta dall'art. 1341 e ss. c.c. è altra e diversa da quella posta dal Codice del consumo, con la quale (solamente) in tale ipotesi concorre, laddove la vessatorietà D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 33 ss. può invece attenere anche al rapporto contrattuale che come nella specie sia stato singolarmente ed individualmente negoziato per lo specifico affare.

Le ragioni della decisione costituiscono giusti motivi per disporsi la compensazione tra le parti delle spese del regolamento.

PQM

P.Q.M.

La Corte dichiara la competenza per territorio del Tribunale di Catania. Compensa tra le parti delle spese del regolamento.

Così deciso in Roma, il 28 gennaio 2010.

Depositato in Cancelleria il 20 marzo 2010

Archivio selezionato: Dottrina

CLAUSOLE VESSATORIE E TUTELA DEL CONSUMATORE. OLTRE LA FORMALITÀ DELLA DICHIARAZIONE

Resp. civ. e prev., fasc.3, 2009, pag. 588

Simone Verucci - Dottorando di ricerca in diritto dell'economia nell'Università Politecnica delle Marche

Classificazioni: OBBLIGAZIONI E CONTRATTI - Contratto - - del consumatore

1. L'ambito d'intervento

Con l'ordinanza in epigrafe, la Corte di cassazione torna nuovamente sulla *vexata questio* delle "clausole abusive" aventi ad oggetto la deroga al c.d. "foro del consumatore" sul quale tanto si è scritto (1) e molto si scriverà ancora ma, prima di svolgere qualsiasi considerazione in argomento, pare opportuno premettere che la suddetta ordinanza, resa dalla Suprema Corte in sede di regolamento di competenza, si inserisce nell'ambito dell'annoso dibattito sull'interpretazione dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, c.c., – oggi interamente trasfuso all'interno dell'art. 33, comma 2, lett. *u*), d.lgs. n. 206/2005 (Codice del Consumo) –, apportando alcuni significativi elementi di evoluzione ermeneutica rispetto ai contrastanti criteri interpretativi già fissati dalla copiosa giurisprudenza di legittimità che la precede ed in particolare dall'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite che si esprimevano in argomento con la nota ordinanza, n. 14669 del 1 ottobre 2003.

In vero, la questione relativa al "foro del consumatore", pur rappresentando l'oggetto della decisione, finisce per regredire ad aspetto di secondaria importanza rispetto ai *motivi* per cui la Suprema Corte riafferma un convincimento che, di per sé, è da considerarsi oramai consolidato seppur non unanimamente condiviso.

Il vero spunto d'interesse, destinato ad incidere pervasivamente nei futuri assetti della contrattualistica commerciale, consiste nell'affermazione e nella definizione di specifici requisiti (*serietà, effettività e individualità*) che debbono esser propri di una "trattativa" affinché la prova di questa da parte del professionista, possa esser considerata idonea a superare la presunzione legale di vessatorietà, così rendendo più difficile la consumazione dell'abuso da parte di quest'ultimo e quindi la riconduzione del rapporto al di fuori della speciale normativa di protezione del contraente debole.

2. Il "foro del consumatore" dalla sua affermazione legislativa alla sua "istituzione" giurisprudenziale

Prima di addentrarsi nel merito della specifica questione giuridica decisa dal Collegio, per meglio inquadrare l'oggetto della decisione citata, pare opportuno ripercorrere le tappe salienti del contrasto giurisprudenziale e dottrinale che si è incardinato negli anni sull'argomento in oggetto e che ancor oggi, nonostante il citato intervento delle Sezioni Unite, è ancora aperto e lungi dal poter essere pienamente definito.

Come noto, la l. 6 febbraio 1996, n. 52, in attuazione della direttiva comunitaria sulla tutela del consumatore, ha introdotto all'interno del codice civile, tra gli altri, l'art. 1469-*bis* a sua volta novellato nel suo primo comma, dalla successiva l. 21 dicembre 1999, n. 526, ed oggi trasfuso, unitamente a tutto il capo XIV-*bis* sui contratti del consumatore, all'interno del già citato d.lgs. n. 206/2005, c.d. Codice del Consumo.

Ai sensi della disposizione citata, ed in particolare del comma 3, n. 19, è da presumersi vessatoria fino a prova contraria (*juris tantum*), la clausola contrattuale che stabilisca, quale sede competente sulla cognizione delle controversie relative al contratto stipulato col professionista, "*una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore*".

In vero, l'operatività di tale disposizione è strettamente contenuta entro i limiti fissati dai commi n. 3 e 4 dell'art. 1469-*ter* c.c., per i quali, in nessun caso, possono essere considerate vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge, così come è esplicitamente esclusa la vessatorietà di clausole o di elementi di esse che siano stati oggetto di trattativa individuale.

Infine, mentre il previgente art. 1469-*quinquies* c.c. disponeva l'*inefficacia* di quelle clausole che avrebbero dovuto essere considerate vessatorie ai sensi degli art. 1469-*bis* e -*ter* fatta salva l'efficacia del contratto nel suo insieme, oggi, come è stato giustamente osservato dal Collegio nell'ordinanza in epigrafe, l'art. 36, d.lgs. n. 206/2005, introduce come conseguenza della vessatorietà delle suddette clausole, in difetto di trattativa, la c.d. "nullità di protezione" (2), ampliando quindi la tutela del consumatore alla rilevabilità d'ufficio ed alla imprescrittibilità della relativa eccezione.

Il contrasto giurisprudenziale che si è sviluppato in ordine all'interpretazione dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, c.c., trae origine dall'infelice formulazione legislativa della succitata

disposizione (peraltro rimasta del tutto invariata a seguito della sua trasposizione all'interno del Codice del Consumo) che ne rende estremamente difficoltosa, se non addirittura impossibile, la qualificazione come disposizione avente natura sostanziale (3) ovvero processuale (4), con conseguenze pratiche profondamente dissimili a seconda che l'interprete decida di aderire all'una od all'altra tesi.

In tal senso, si trattava di capire se con l'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, il legislatore avesse semplicemente inteso ampliare la tutela sostanziale accordata al consumatore, introducendo a sua favore una nuova e tipica ipotesi di clausola presuntivamente vessatoria siccome introduttiva di uno squilibrio contrattuale tra le parti o se, per contro, avesse inteso istituire un vero e proprio "foro del consumatore" con ciò introducendo una norma avente natura processuale e quindi derogatoria, sia in virtù del principio di successione di leggi nel tempo e, finanche in forza del criterio di specialità, di quanto stabilito dal codice di procedura civile in materia di foro facoltativo per le cause relative ai diritti di obbligazione di cui all'art. 20.

Ebbene, è proprio la sussistenza dei fori facoltativi previsti dall'art. 20 c.p.c. ad aver creato i maggiori problemi interpretativi sull'ambito di applicazione dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, c.c., infatti, come già accennato, l'applicazione di tale disposizione incontra il limite previsto dall'art. 1469-*ter*, comma 3, c.c., che esclude la vessatorietà di quelle clausole che "*riproducono disposizioni di legge*".

Così, volendo considerare l'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, come una norma avente natura sostanziale, il combinato disposto delle tre disposizioni citate finirebbe inevitabilmente per escludere la presunzione di vessatorietà della clausola che stabilisse quale foro esclusivo quello in cui ha sede il professionista, essendo questo uno dei fori facoltativi contemplati dall'art. 20 c.p.c., e quindi da una disposizione di legge che verrebbe così riprodotta nel suo contenuto, dalla clausola in questione.

Tale è l'orientamento espresso e difeso caparbiamente dalla III Sezione della Suprema Corte antecedentemente al citato pronunciamento delle Sezioni Unite, n. 14669/2003; un orientamento che prendeva le mosse dalla constatazione che ogni qual volta il legislatore abbia inteso istituire fori esclusivi lo ha fatto espressamente e che trova il suo corollario, nella considerazione, per la verità tautologica, che l'art. 20 c.p.c. non potrebbe in nessun caso essere implicitamente abrogato da una disposizione di natura sostanziale in quanto è da escludersi qualsiasi incompatibilità tra due disposizioni di legge che afferiscono a piani di tutela funzionalmente distinti (processuale e sostanziale).

Così, per dare coerenza logica ad un'impostazione esegetica che, nei fatti, finiva necessariamente per spogliare il consumatore dalla maggior protezione accordatagli dal legislatore con l'introduzione dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, la giurisprudenza della III Sezione ha indicato quale *ratio legis* della norma succitata, letta in combinato disposto con l'art. 1469-*ter*, comma 3, proprio la necessità di evitare che mediante il n. 19 si introducessero deroghe surrettizie a quanto disposto dall'art. 20 c.p.c.

È evidente la forzatura logica che si pone alla base di un tale ragionamento.

La natura processuale dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, è stata, invece, sostenuta con vigore dalla I Sezione della Corte di legittimità la quale, in occasione di numerose decisioni, ha dichiarato e ribadito come l'affermazione del carattere processuale immanente alla norma citata, non potrebbe compromettere, in alcun caso, il chiaro intento legislativo di offrire al contraente debole un ulteriore ampliamento di tutela, e ciò in quanto anche le norme processuali in materia di competenza sono per lo più ispirate ad esigenze di tutela.

Nell'autorevole opinione della I Sezione, quindi, con l'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, si sarebbe voluto istituire un vero e proprio "*foro esclusivo del consumatore*" derogabile solo in forza di trattativa privata *ex art.* 1469-*ter*, comma 4, c.c.

Si veda come l'affermazione della natura processuale del n. 19 consenta di superare senza sbavature logiche la preclusione di cui all'art. 1469-*ter*, comma 3, c.c., in relazione all'art. 20

c.p.c., il quale ben può essere derogato da una disposizione cronologicamente successiva ed ontologicamente speciale che si ponga sullo stesso piano funzionale di tutela (processuale). Solo in una tale prospettiva verrebbe, quindi, a realizzarsi quell'intento di maggior protezione del contraente debole sicuramente voluto dal legislatore con l'introduzione dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, c.c.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, intervenendo sul contrasto giurisprudenziale sommariamente descritto, con ordinanza del 1° ottobre 2003, n. 14669, hanno sposato la tesi sostenuta dalla I Sezione sulla natura processuale dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, c.c., affermando, inoltre, il concetto di diritto, in linea con l'art. 1469-*quinquies*, per cui la pattuizione sul foro competente inserita nelle condizioni generali di contratto è regolata in modo distinto ed autonomo da queste e, pertanto, l'eventuale declaratoria d'invalidità del contratto non travolgerebbe la suddetta clausola che continuerebbe a dispiegare i suoi effetti, mentre se la declaratoria di invalidità dovesse colpire solo la pattuizione derogativa del foro, in virtù del medesimo principio, questa non si estenderebbe comunque al resto del contratto (nullità parziale).

Per le Sezioni Unite, la norma in esame introduce uno speciale criterio di competenza per territorio che, proprio in ragione di tale specialità, prevale su quello generale fissato dal codice di procedura, andando ad istituire un foro esclusivo passibile di essere derogato solo a seguito di trattativa individuale, l'onere della cui prova incombe totalmente sul professionista.

3. Questione ancora aperta nonostante l'intervento delle Sezioni Unite

Purtroppo, come già accennato, il citato intervento delle Sezioni Unite non è stato compiutamente risolutivo del contrasto giurisprudenziale sopra descritto, infatti se da un lato è stata definita la questione relativa alla natura sostanziale o processuale dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, c.c., a favore della seconda ipotesi, dall'altro, negli anni seguenti, si è assistito alla nascita ed al consolidamento di due tesi contrapposte che, pur riconoscendo la natura processuale della disposizione in esame, pervengono a conclusioni antitetiche in ordine alla legittimità della clausola derogativa del foro del consumatore quando il foro indicato coincida con uno dei fori previsti dal codice di procedura.

A fronte di tale situazione, che ancora una volta, profilava e continua a profilare il rischio di un depauperamento di tutela ai danni del consumatore, non sono mancate in dottrina autorevoli voci discordi che tutt'ora si schierano apertamente per la natura sostanziale della norma citata denunciando, per contro, la fallacia della tesi processualistica "imposta" dalle Sezioni Unite del 2003 che, in effetti, non è riuscita a ricondurre ad unità il sistema (5).

In tale prospettiva, l'orientamento della Suprema Corte che sostiene l'introduzione di un foro esclusivo del consumatore ma derogabile a seguito di trattativa individuale, rappresenterebbe una contraddizione in termini che evidenzia la forzatura di voler considerare processuale una disposizione che, per collocazione, contenuto e portata, non può che essere considerata sostanziale.

L'ordinanza in epigrafe, dal canto suo, si inserisce perfettamente nel solco della tesi processualistica già tracciato dalle Sezioni Unite senza discostarsi dall'argomentazione logico-giuridica che nega operatività alla preclusione di cui all'art. 1469-*ter*, comma 3, c.c., in relazione alla previsione di un foro territoriale diverso da quello del consumatore ma comunque ammesso dagli artt. 18-20 c.p.c.

4. Potenziale superamento della teoria della dichiarazione

Ciò nonostante, occorre evidenziare come, a dire del Collegio, la prova positiva dell'avvenuta "trattativa individuale" che vincerebbe la presunzione semplice di vessatorietà, diversamente da quanto il dato letterale della norma lasci effettivamente supporre, non costituirebbe il parametro di valutazione della vessatorietà della clausola che preveda una deroga al "foro del consumatore", bensì *l'elemento di esclusione dell'applicazione della disciplina speciale sulla tutela del consumatore* (Codice del consumo).

La valutazione inerente la vessatorietà della clausola dipenderebbe, invero, dalla sussistenza di un significativo squilibrio contrattuale tra le parti a danno del consumatore in relazione alla ripartizione dei diritti e degli obblighi e nonostante l'eventuale buona fede del professionista. Secondo quest'impostazione, laddove debba essere esclusa l'applicazione della disciplina speciale per avvenuta trattativa, non potrà che farsi riferimento alla disciplina ordinaria sulle condizioni generali di contratto di cui agli artt. 1340 e 1341, comma 2, c.c., anche in presenza di un significativo squilibrio contrattuale che determinasse la vessatorietà della clausola e ciò, in quanto la preclusione all'applicazione della disciplina di protezione del contraente debole discende, non già dalla non vessatorietà della clausola o del contratto fatti oggetto di trattativa individuale, bensì dall'inconfigurabilità della loro unilaterale predisposizione ed imposizione da parte del professionista quali possibili fonti di abuso.

La discriminante è, quindi, il concetto stesso di "trattativa individuale", un concetto "di confine" che la decisione a commento va a rielaborare in senso sostanziale definendone i connotati essenziali al fine di escludere la prassi invalsa tra gli operatori professionali di preconstituire la prova della trattativa individuale ricorrendo ad artifici tecnici meramente formali come la sottoscrizione in blocco di tutte le clausole riportate in calce alle condizioni generali ovvero l'aggiunta a penna di alcune di esse.

In tal senso, si afferma che, non solo la trattativa deve essersi storicamente svolta, ma deve altresì soddisfare i requisiti dell'*individualità* (avere riguardo alle clausole od agli elementi di clausola costituenti il contenuto dell'accordo, presi in considerazione singolarmente e nel significato che assumono nel complessivo tenore del contratto), della *serietà* (la trattativa deve essere svolta dalle parti mediante l'adozione di un comportamento idoneo a raggiungere il risultato cui è diretta) e dell'*effettività* (essere effettuata non solo storicamente ma anche in termini sostanziali, nel rispetto dell'autonomia privata delle parti, intesa non solo come libertà di concludere il contratto ma anche nel suo significato di libertà e concreta possibilità, anche per il consumatore, di determinare il contenuto del contratto), con la necessità di un'indagine approfondita che trascenda lo stesso contratto e che si spinga fino ad una valutazione approfondita degli stessi comportamenti umani.

Si vede, quindi, come l'ordinanza in epigrafe, andando a definire in modo così stringente i requisiti essenziali della "trattativa individuale", fissi un principio di diritto dalle potenzialità ermeneutiche ben più ampie e rilevanti della semplice riaffermazione del "foro esclusivo del consumatore".

Ricollegandosi a quella che in dottrina è stata definita "teoria dell'abuso" (6), la Suprema Corte ha tentato di ricondurre ad unità il sistema superando il mero formalismo della dichiarazione e spostando, quindi, l'indagine cognitiva al momento della formazione del consenso.

Una tale impostazione, se da un lato ha il merito di rafforzare consistentemente, in via applicativa, la tutela privilegiata già accordata dal legislatore al contraente debole nei contratti c.d. "asimmetrici", dall'altro rischia di scardinare il principio dell'autonomia privata per come questo è stato inteso e realizzato nel nostro ordinamento, nella misura in cui, negando valore alla dichiarazione, finisce per riaprire le porte ai principi pandettistici propri dell'antico dogma della volontà che, come noto, non ha trovato cittadinanza all'interno del codice civile del 1942.

Infatti, se la prova dell'avvenuta trattativa individuale, gravante sul professionista che intenda superare la presunzione di vessatorietà, non è arguibile dalla dichiarazione in sé, con i suoi contenuti e le sue forme, significa che questa non ha più efficacia traspositiva della volontà negoziale.

La possibile conseguenza pratica del suddetto sillogismo è che per provare i requisiti dell'*individualità*, della *serietà* e dell'*effettività* di una trattativa, il professionista non avrà altro modo se non quello di ricorrere alla prova per testimoni: il che sarebbe una contraddizione in termini che finirebbe per privare la dichiarazione di qualsiasi valenza probatoria sul consenso con possibili conseguenze destabilizzanti sull'assetto generale delle relazioni commerciali che, come noto, necessita di celerità e certezza.

Quindi, in attesa di nuovi pronunciamenti della giurisprudenza di legittimità che, verosimilmente, ridimensioneranno la portata interpretativa dei principi ermeneutici affermati dall'ordinanza a commento, pare di poter affermare che la prova liberatoria gravante sul professionista che intenda superare la presunzione di vessatorietà, sia diventata, allo stato attuale, *probatio diabolica*.

1. L'ambito d'intervento

Con l'ordinanza in epigrafe, la Corte di cassazione torna nuovamente sulla *vexata questio* delle "clausole abusive" aventi ad oggetto la deroga al c.d. "foro del consumatore" sul quale tanto si è scritto (1) e molto si scriverà ancora ma, prima di svolgere qualsiasi considerazione in argomento, pare opportuno premettere che la suddetta ordinanza, resa dalla Suprema Corte in sede di regolamento di competenza, si inserisce nell'ambito dell'annoso dibattito sull'interpretazione dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, c.c., – oggi interamente trasfuso all'interno dell'art. 33, comma 2, lett. *u*), d.lgs. n. 206/2005 (Codice del Consumo) –, apportando alcuni significativi elementi di evoluzione ermeneutica rispetto ai contrastanti criteri interpretativi già fissati dalla copiosa giurisprudenza di legittimità che la precede ed in particolare dall'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite che si esprimevano in argomento con la nota ordinanza, n. 14669 del 1 ottobre 2003.

In vero, la questione relativa al "foro del consumatore", pur rappresentando l'oggetto della decisione, finisce per regredire ad aspetto di secondaria importanza rispetto ai *motivi* per cui la Suprema Corte riafferma un convincimento che, di per sé, è da considerarsi oramai consolidato seppur non unanimamente condiviso.

Il vero punto d'interesse, destinato ad incidere pervasivamente nei futuri assetti della contrattualistica commerciale, consiste nell'affermazione e nella definizione di specifici requisiti (*serietà, effettività e individualità*) che debbono esser propri di una "trattativa" affinché la prova di questa da parte del professionista, possa esser considerata idonea a superare la presunzione legale di vessatorietà, così rendendo più difficile la consumazione dell'abuso da parte di quest'ultimo e quindi la riconduzione del rapporto al di fuori della speciale normativa di protezione del contraente debole.

2. Il "foro del consumatore" dalla sua affermazione legislativa alla sua "istituzione" giurisprudenziale

Prima di addentrarsi nel merito della specifica questione giuridica decisa dal Collegio, per meglio inquadrare l'oggetto della decisione citata, pare opportuno ripercorrere le tappe salienti del contrasto giurisprudenziale e dottrinale che si è incardinato negli anni sull'argomento in oggetto e che ancor oggi, nonostante il citato intervento delle Sezioni Unite, è ancora aperto e lungi dal poter essere pienamente definito.

Come noto, la l. 6 febbraio 1996, n. 52, in attuazione della direttiva comunitaria sulla tutela del consumatore, ha introdotto all'interno del codice civile, tra gli altri, l'art. 1469-*bis* a sua volta novellato nel suo primo comma, dalla successiva l. 21 dicembre 1999, n. 526, ed oggi trasfuso, unitamente a tutto il capo XIV-*bis* sui contratti del consumatore, all'interno del già citato d.lgs. n. 206/2005, c.d. Codice del Consumo.

Ai sensi della disposizione citata, ed in particolare del comma 3, n. 19, è da presumersi vessatoria fino a prova contraria (*juris tantum*), la clausola contrattuale che stabilisca, quale sede competente sulla cognizione delle controversie relative al contratto stipulato col professionista, "*una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore*".

In vero, l'operatività di tale disposizione è strettamente contenuta entro i limiti fissati dai commi n. 3 e 4 dell'art. 1469-*ter* c.c., per i quali, in nessun caso, possono essere considerate vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge, così come è esplicitamente esclusa la vessatorietà di clausole o di elementi di esse che siano stati oggetto di trattativa individuale.

Infine, mentre il previgente art. 1469-*quinqüies* c.c. disponeva l'*inefficacia* di quelle clausole che avrebbero dovuto essere considerate vessatorie ai sensi degli art. 1469-*bis* e -*ter* fatta salva l'efficacia del contratto nel suo insieme, oggi, come è stato giustamente osservato dal Collegio

nell'ordinanza in epigrafe, l'art. 36, d.lgs. n. 206/2005, introduce come conseguenza della vessatorietà delle suddette clausole, in difetto di trattativa, la c.d. "nullità di protezione" (2), ampliando quindi la tutela del consumatore alla rilevabilità d'ufficio ed alla imprescrittibilità della relativa eccezione.

Il contrasto giurisprudenziale che si è sviluppato in ordine all'interpretazione dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, c.c., trae origine dall'infelice formulazione legislativa della succitata disposizione (peraltro rimasta del tutto invariata a seguito della sua trasposizione all'interno del Codice del Consumo) che ne rende estremamente difficoltosa, se non addirittura impossibile, la qualificazione come disposizione avente natura sostanziale (3) ovvero processuale (4), con conseguenze pratiche profondamente dissimili a seconda che l'interprete decida di aderire all'una od all'altra tesi.

In tal senso, si trattava di capire se con l'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, il legislatore avesse semplicemente inteso ampliare la tutela sostanziale accordata al consumatore, introducendo a sua favore una nuova e tipica ipotesi di clausola presuntivamente vessatoria siccome introduttiva di uno squilibrio contrattuale tra le parti o se, per contro, avesse inteso istituire un vero e proprio "foro del consumatore" con ciò introducendo una norma avente natura processuale e quindi derogatoria, sia in virtù del principio di successione di leggi nel tempo e, finanche in forza del criterio di specialità, di quanto stabilito dal codice di procedura civile in materia di foro facoltativo per le cause relative ai diritti di obbligazione di cui all'art. 20.

Ebbene, è proprio la sussistenza dei fori facoltativi previsti dall'art. 20 c.p.c. ad aver creato i maggiori problemi interpretativi sull'ambito di applicazione dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, c.c., infatti, come già accennato, l'applicazione di tale disposizione incontra il limite previsto dall'art. 1469-*ter*, comma 3, c.c., che esclude la vessatorietà di quelle clausole che "*riproducono disposizioni di legge*".

Così, volendo considerare l'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, come una norma avente natura sostanziale, il combinato disposto delle tre disposizioni citate finirebbe inevitabilmente per escludere la presunzione di vessatorietà della clausola che stabilisse quale foro esclusivo quello in cui ha sede il professionista, essendo questo uno dei fori facoltativi contemplati dall'art. 20 c.p.c., e quindi da una disposizione di legge che verrebbe così riprodotta nel suo contenuto, dalla clausola in questione.

Tale è l'orientamento espresso e difeso caparbiamente dalla III Sezione della Suprema Corte antecedentemente al citato pronunciamento delle Sezioni Unite, n. 14669/2003; un orientamento che prendeva le mosse dalla constatazione che ogni qual volta il legislatore abbia inteso istituire fori esclusivi lo ha fatto espressamente e che trova il suo corollario, nella considerazione, per la verità tautologica, che l'art. 20 c.p.c. non potrebbe in nessun caso essere implicitamente abrogato da una disposizione di natura sostanziale in quanto è da escludersi qualsiasi incompatibilità tra due disposizioni di legge che afferiscono a piani di tutela funzionalmente distinti (processuale e sostanziale).

Così, per dare coerenza logica ad un'impostazione esegetica che, nei fatti, finiva necessariamente per spogliare il consumatore dalla maggior protezione accordatagli dal legislatore con l'introduzione dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, la giurisprudenza della III Sezione ha indicato quale *ratio legis* della norma succitata, letta in combinato disposto con l'art. 1469-*ter*, comma 3, proprio la necessità di evitare che mediante il n. 19 si introducessero deroghe surrettizie a quanto disposto dall'art. 20 c.p.c.

È evidente la forzatura logica che si pone alla base di un tale ragionamento.

La natura processuale dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, è stata, invece, sostenuta con vigore dalla I Sezione della Corte di legittimità la quale, in occasione di numerose decisioni, ha dichiarato e ribadito come l'affermazione del carattere processuale immanente alla norma citata, non potrebbe compromettere, in alcun caso, il chiaro intento legislativo di offrire al contraente debole un ulteriore ampliamento di tutela, e ciò in quanto anche le norme processuali in materia di competenza sono per lo più ispirate ad esigenze di tutela.

Nell'autorevole opinione della I Sezione, quindi, con l'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, si sarebbe voluto istituire un vero e proprio "*foro esclusivo del consumatore*" derogabile solo in forza di trattativa privata *ex art. 1469-ter*, comma 4, c.c.

Si veda come l'affermazione della natura processuale del n. 19 consenta di superare senza sbavature logiche la preclusione di cui all'art. 1469-*ter*, comma 3, c.c., in relazione all'art. 20 c.p.c., il quale ben può essere derogato da una disposizione cronologicamente successiva ed ontologicamente speciale che si ponga sullo stesso piano funzionale di tutela (processuale). Solo in una tale prospettiva verrebbe, quindi, a realizzarsi quell'intento di maggior protezione del contraente debole sicuramente voluto dal legislatore con l'introduzione dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, c.c.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, intervenendo sul contrasto giurisprudenziale sommariamente descritto, con ordinanza del 1° ottobre 2003, n. 14669, hanno sposato la tesi sostenuta dalla I Sezione sulla natura processuale dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, c.c., affermando, inoltre, il concetto di diritto, in linea con l'art. 1469-*quinqüies*, per cui la pattuizione sul foro competente inserita nelle condizioni generali di contratto è regolata in modo distinto ed autonomo da queste e, pertanto, l'eventuale declaratoria d'invalidità del contratto non travolgerebbe la suddetta clausola che continuerebbe a dispiegare i suoi effetti, mentre se la declaratoria di invalidità dovesse colpire solo la pattuizione derogativa del foro, in virtù del medesimo principio, questa non si estenderebbe comunque al resto del contratto (nullità parziale).

Per le Sezioni Unite, la norma in esame introduce uno speciale criterio di competenza per territorio che, proprio in ragione di tale specialità, prevale su quello generale fissato dal codice di procedura, andando ad istituire un foro esclusivo passibile di essere derogato solo a seguito di trattativa individuale, l'onere della cui prova incombe totalmente sul professionista.

3. Questione ancora aperta nonostante l'intervento delle Sezioni Unite

Purtroppo, come già accennato, il citato intervento delle Sezioni Unite non è stato compiutamente risolutivo del contrasto giurisprudenziale sopra descritto, infatti se da un lato è stata definita la questione relativa alla natura sostanziale o processuale dell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 19, c.c., a favore della seconda ipotesi, dall'altro, negli anni seguenti, si è assistito alla nascita ed al consolidamento di due tesi contrapposte che, pur riconoscendo la natura processuale della disposizione in esame, pervengono a conclusioni antitetiche in ordine alla legittimità della clausola derogativa del foro del consumatore quando il foro indicato coincida con uno dei fori previsti dal codice di procedura.

A fronte di tale situazione, che ancora una volta, profilava e continua a profilare il rischio di un depauperamento di tutela ai danni del consumatore, non sono mancate in dottrina autorevoli voci discordi che tutt'ora si schierano apertamente per la natura sostanziale della norma citata denunciando, per contro, la fallacia della tesi processualistica "imposta" dalle Sezioni Unite del 2003 che, in effetti, non è riuscita a ricondurre ad unità il sistema (5).

In tale prospettiva, l'orientamento della Suprema Corte che sostiene l'introduzione di un foro esclusivo del consumatore ma derogabile a seguito di trattativa individuale, rappresenterebbe una contraddizione in termini che evidenzia la forzatura di voler considerare processuale una disposizione che, per collocazione, contenuto e portata, non può che essere considerata sostanziale.

L'ordinanza in epigrafe, dal canto suo, si inserisce perfettamente nel solco della tesi processualistica già tracciato dalle Sezioni Unite senza discostarsi dall'argomentazione logico-giuridica che nega operatività alla preclusione di cui all'art. 1469-*ter*, comma 3, c.c., in relazione alla previsione di un foro territoriale diverso da quello del consumatore ma comunque ammesso dagli artt. 18-20 c.p.c.

4. Potenziale superamento della teoria della dichiarazione

Ciò nonostante, occorre evidenziare come, a dire del Collegio, la prova positiva dell'avvenuta "trattativa individuale" che vincerebbe la presunzione semplice di vessatorietà, diversamente da

quanto il dato letterale della norma lasci effettivamente supporre, non costituirebbe il parametro di valutazione della vessatorietà della clausola che preveda una deroga al "foro del consumatore", bensì *l'elemento di esclusione dell'applicazione della disciplina speciale sulla tutela del consumatore* (Codice del consumo).

La valutazione inerente la vessatorietà della clausola dipenderebbe, invero, dalla sussistenza di un significativo squilibrio contrattuale tra le parti a danno del consumatore in relazione alla ripartizione dei diritti e degli obblighi e nonostante l'eventuale buona fede del professionista. Secondo quest'impostazione, laddove debba essere esclusa l'applicazione della disciplina speciale per avvenuta trattativa, non potrà che farsi riferimento alla disciplina ordinaria sulle condizioni generali di contratto di cui agli artt. 1340 e 1341, comma 2, c.c., anche in presenza di un significativo squilibrio contrattuale che determinasse la vessatorietà della clausola e ciò, in quanto la preclusione all'applicazione della disciplina di protezione del contraente debole discende, non già dalla non vessatorietà della clausola o del contratto fatti oggetto di trattativa individuale, bensì dall'inconfigurabilità della loro unilaterale predisposizione ed imposizione da parte del professionista quali possibili fonti di abuso.

La discriminante è, quindi, il concetto stesso di "trattativa individuale", un concetto "di confine" che la decisione a commento va a rielaborare in senso sostanziale definendone i connotati essenziali al fine di escludere la prassi invalsa tra gli operatori professionali di preconstituire la prova della trattativa individuale ricorrendo ad artifici tecnici meramente formali come la sottoscrizione in blocco di tutte le clausole riportate in calce alle condizioni generali ovvero l'aggiunta a penna di alcune di esse.

In tal senso, si afferma che, non solo la trattativa deve essersi storicamente svolta, ma deve altresì soddisfare i requisiti dell'*individualità* (avere riguardo alle clausole od agli elementi di clausola costituenti il contenuto dell'accordo, presi in considerazione singolarmente e nel significato che assumono nel complessivo tenore del contratto), della *serietà* (la trattativa deve essere svolta dalle parti mediante l'adozione di un comportamento idoneo a raggiungere il risultato cui è diretta) e dell'*effettività* (essere effettuata non solo storicamente ma anche in termini sostanziali, nel rispetto dell'autonomia privata delle parti, intesa non solo come libertà di concludere il contratto ma anche nel suo significato di libertà e concreta possibilità, anche per il consumatore, di determinare il contenuto del contratto), con la necessità di un'indagine approfondita che trascenda lo stesso contratto e che si spinga fino ad una valutazione approfondita degli stessi comportamenti umani.

Si vede, quindi, come l'ordinanza in epigrafe, andando a definire in modo così stringente i requisiti essenziali della "trattativa individuale", fissi un principio di diritto dalle potenzialità ermeneutiche ben più ampie e rilevanti della semplice riaffermazione del "foro esclusivo del consumatore".

Ricollegandosi a quella che in dottrina è stata definita "teoria dell'abuso" (6), la Suprema Corte ha tentato di ricondurre ad unità il sistema superando il mero formalismo della dichiarazione e spostando, quindi, l'indagine cognitiva al momento della formazione del consenso.

Una tale impostazione, se da un lato ha il merito di rafforzare consistentemente, in via applicativa, la tutela privilegiata già accordata dal legislatore al contraente debole nei contratti c.d. "asimmetrici", dall'altro rischia di scardinare il principio dell'autonomia privata per come questo è stato inteso e realizzato nel nostro ordinamento, nella misura in cui, negando valore alla dichiarazione, finisce per riaprire le porte ai principi pandettistici propri dell'antico dogma della volontà che, come noto, non ha trovato cittadinanza all'interno del codice civile del 1942.

Infatti, se la prova dell'avvenuta trattativa individuale, gravante sul professionista che intenda superare la presunzione di vessatorietà, non è arguibile dalla dichiarazione in sé, con i suoi contenuti e le sue forme, significa che questa non ha più efficacia traspositiva della volontà negoziale.

La possibile conseguenza pratica del suddetto sillogismo è che per provare i requisiti dell'*individualità*, della *serietà* e dell'*effettività* di una trattativa, il professionista non avrà altro

modo se non quello di ricorrere alla prova per testimoni: il che sarebbe una contraddizione in termini che finirebbe per privare la dichiarazione di qualsiasi valenza probatoria sul consenso con possibili conseguenze destabilizzanti sull'assetto generale delle relazioni commerciali che, come noto, necessita di celerità e certezza.

Quindi, in attesa di nuovi pronunciamenti della giurisprudenza di legittimità che, verosimilmente, ridimensioneranno la portata interpretativa dei principi ermeneutici affermati dall'ordinanza a commento, pare di poter affermare che la prova liberatoria gravante sul professionista che intenda superare la presunzione di vessatorietà, sia diventata, allo stato attuale, *probatio diabolica*.

Note:

(1) Tra gli altri: Palmieri, In fuga dal codice di rito: i contratti del consumatore conquistano il foro esclusivo (ma derogabile in assenza di squilibrio), in *Foro it.*, 2003, I, 3298; D'Ascola, Il foro esclusivo del consumatore, in *Giur. it.*, 2004, I, 729; Vaccarella, Il problema del foro competente nei contratti tra professionista e consumatore, in *Doc. giust.*, 1996, 1711 ss.; De Cristofaro, La tutela processuale del consumatore tra volontà di espansione ed opzioni conservative: contrasti in cerca di assestamento nella giurisprudenza della S.C., in questa *Rivista*, 2002, 114 ss.; Lapertosa, Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 714 ss.; Valle, Giudizio di vessatorietà e clausole riproduttive di disposizioni di legge, in *Contratto impr.*, 2000, 782.

(2) Tra i precursori di tale figura giuridica: Putti, L'invalidità nei contratti del consumatore, in *Dir. priv. europeo*, Padova, 1997, 698-705; Id., *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002.

(3) Tra le decisioni favorevoli alla tesi "sostanzialistica": Cass. civ., 29 novembre 1999, n. 13339, in *Corr. giur.*, 2000, 1219, con nota di Conti, La Cassazione si pronuncia per la prima volta sul regime transitorio in tema di clausole abusive; Cass. civ., 17 luglio 2003, n. 11200.

(4) Tra le decisioni favorevoli alla tesi processualistica: Cass. civ., 18 maggio 2001, n. 6819; Cass. civ., 28 agosto 2001, n. 11282, in *Corr. giur.*, 2002, 217, con nota di Palmieri, Foro esclusivo del consumatore ed abusività della deroga convenzionale alla competenza per territorio: mai più in giudizio lontano da casa.

(5) Per tutti: Caccaviello, Il foro del consumatore: una questione ancora aperta, in *Giust. civ.*, 2005, 2369.

(6) Di Marzio, Teoria dell'abuso e contratti del consumatore, in *Studi in onore di Niccolò Lipari*, 2008, Milano, 815-876.

Utente: Univ. di Bari Facoltà Giurisprudenza Univ. di Bari Facoltà Giurisprudenza - www.iusexplorer.it - 26.03.2014