



QUADERNI DI DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA



Numero 1
Anno I
Maggio/Giugno 2011

CON CONTRIBUTI DI:

Sveva Bernardini, Paolo Brini, Iacopo Pietro Cimino, Michele Contartese, Valeria Falce, Gianpiero Gamaleri, Alberto Maria Gambino, Gustavo Ghidini, Elisabetta Grassi, Elena Maggio, Valerio Mosca, Davide Mula, Gilberto Nava, Giulio Pascali, Ferdinando Tozzi, Eleonora Sbarbaro, Marco Scialdone, Andrea Stazi, Vincenzo Zeno-Zencovich.

ISSN (Online edition): 2239-7442

Il foro competente nei contratti conclusi dal professionista per esigenze personali

**di
Davide Mula**

Cassazione civile, sezione III, (ord.), 20 marzo 2010, n. 6802

Sentenza

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

«N. 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. A. 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 Regnana di Bedollo.

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 perché il contratto di appalto del 07.07.2005 è stato stipulato tra la persona fisica del consumatore N. e l'impresa appaltatrice Coop. A. ed in quel contratto la clausola con cui, senza nessuna specifica trattativa, né specifica approvazione né duplice necessaria sottoscrizione, si è stabilita come sede del foro competente località diversa da quella di residenza del consumatore (ovvero Trento, 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 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 Coop. A. 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 né facilmente determinabili in base agli elementi precostituiti nel titolo convenzionale né 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, sicché 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. A., deducendo risultare «*per tabulas* che il contratto intervenne tra il professionista Coop. A., impresa edile, e l'Architetto N. in qualità di proprietario e di progettista dei lavori», sicché «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, perché 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, perché 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. È semmai irrilevante che l'arch. N. fosse anche proprietario, anziché 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 «Juri Tessandri ... in qualità di legale rappresentante della società cooperativa Coop. A.» ed il committente «Architetto N., [omissis] in qualità di proprietario dell'immobile sito in

Regnana frazione del comune di Bedollo in [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 Regnana frazione del comune di Bedollo in [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 XV 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 Coop. A., la quale ha stipulato in vista dell'espletamento dell'attività imprenditoriale sua propria, e pertanto sicuramente nella qualità di professionista, in favore del committente 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), giacché - come anche in dottrina si è osservato - allorquando 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, sostanziantesi 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, sicché 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. A. 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, sicché 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. A. 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, nonché 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 attenersi 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 né richiesta di audizione in camera di consiglio.

La controricorrente ha presentato memoria.

Il P.G. ha condiviso la relazione.

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; nonché 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. A. ha nei propri scritti difensivi ammesso di non avere assolto agli oneri probatori su di essa - alla stregua di quanto indicato nella relazione -, incombenti, 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, nonché 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.

P.Q.M.

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

IL COMMENTO

Sommario: 1. Introduzione – 2. La nozione di consumatore – 3. Segue: la nozione di consumatore nella giurisprudenza comunitaria e nazionale – 4. La vessatorietà presunta della clausola derogatoria del foro del consumatore – 5. Conclusioni

1. Introduzione

Nell'ordinanza qui annotata, la Suprema Corte ha dovuto affrontare il problema concernente la qualificazione soggettiva di N., il quale aveva sottoscritto un contratto di prestazione d'opera per la ristrutturazione della propria abitazione privata – per scopi estranei alla propria attività professionale e, dunque, in veste di consumatore –, da eseguire sulla base di un progetto dallo stesso

redatto e sotto la sua direzione dei lavori – venendo, così, in rilievo la sua professionalità in materia –, atteso che la qualifica del contraente come consumatore o come professionista incide sul foro competente per la risoluzione delle controversie relative al rapporto contrattuale.

L'art. 33, 2° co., lett. u), d.lg. 6.9.2005, n. 206, recante il Codice del consumo, da qui in avanti cod. consumo, infatti, sancisce la competenza del giudice del luogo di residenza o domicilio del consumatore nelle controversie tra questi ed un professionista, in caso contrario trovando applicazione le ordinarie regole processual civilistiche. Pertanto, il problema che logicamente si anteponeva a tutte le ulteriori questioni sollevate dai ricorrenti concerneva la qualificazione di N. all'interno del rapporto contrattuale come consumatore o come professionista.

Ove la risposta a tale quesito fosse stata nel senso di qualificare N. come consumatore, necessitava di ulteriore approfondimento la circostanza che nel contratto una clausola eleggesse un foro competente differente. Ai sensi dell'art. 33, 2° co., lett. u), cod. consumo, infatti, nei contratti conclusi tra professionista e consumatore, una clausola di questo genere deve ritenersi vessatoria fino a prova contraria, pena la nullità della stessa.

In conseguenza della presunzione di vessatorietà, spetta al professionista, ai sensi del successivo art. 34, 4° e 5° co., cod. consumo, dimostrare che la clausola, ancorché derogatoria delle tradizionali tutele consumeristiche, non è vessatoria, per l'essere stata fatta oggetto di specifica trattativa tra le parti.

Tanto premesso, di seguito verrà in primis analizzata la definizione normativa di consumatore e l'applicazione giurisprudenziale che ne è seguita, tanto a livello comunitario quanto a livello nazionale, rivolgendo particolare attenzione alle ipotesi limite dei c.d. acquisti ad uso promiscuo. Affrontato questo prius logico, si tratteranno le questioni del foro del consumatore e della prova della trattativa svolta con riguardo alle clausole derogatorie della competenza dettata dal Codice del consumo.

2. La nozione di consumatore

La definizione di consumatore è stata inserita per la prima volta nel nostro ordinamento a seguito del recepimento della direttiva 93/13/CE attuata con la l. 6.2.1996, n. 52, la quale, ha aggiunto il

Capo XIV bis al Titolo II del Libro IV del codice civile, recante la disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore. L'art. 1469 bis c.c., introdotto dalla suddetta legge, definiva il consumatore come «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta».

In seguito, sempre su impulso del legislatore comunitario, si sono avuti altri numerosi interventi del legislatore nazionale pertinenti alla definizione di consumatore, che, pur prendendo avvio dalla definizione sopra citata, presentavano lievi modifiche lessicali rispetto a quest'ultima, ciò che ha fatto insorgere in dottrina e giurisprudenza accesi dibattiti [1].

Con il d.lg. 6.9.2005, n. 206, recante il Codice del consumo, tutta, o quasi, la normativa consumeristica prodotta sino a quel momento è stata raccolta in un unico corpo normativo [2].

L'art. 3, lett. a), cod. consumo, riprendendo la definizione di cui all'art. 1469 bis c.c., qualifica, oggi, il consumatore, o l'utente, come «la

persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

La figura del consumatore è stata delineata, dunque, con riferimento allo scopo della relazione contrattuale che si pone in essere, e non avendo riguardo alle competenze che il soggetto possiede relativamente all'oggetto della prestazione [3].

Si deve constatare, in questa prospettiva, una variabilità talmente rilevante della nozione di consumatore che non risulta possibile delinearne una categoria generale, se non in termini descrittivi.

Ciò in quanto nella figura del consumatore non si riscontra l'elemento che qualifica lo status, ossia l'appartenenza istituzionale di un soggetto a una collettività più o meno estesa. La definizione di consumatore vale piuttosto a delineare, in termini soggettivi, l'atto di consumo, ovvero il negozio posto in essere per finalità prevalentemente personali, ossia non professionali [4].

Parimenti, nella definizione di professionista, contenuta nell'art. 3, lett. c), cod. consumo, emerge la finalità dell'agire contrattuale: si legge, infatti, che il professionista è «la persona fisica o giuridica

che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario».

Successivi interventi sulla definizione di consumatore si sono avuti con i decreti legislativi n. 146/2007 e n. 221/2007, i quali hanno ulteriormente specificato che non sono da comprendere nella categoria dei consumatori coloro i quali agiscono per fini che rientrano nel quadro delle loro attività commerciali, industriali, artigianali o professionali. Si tratta, peraltro, di un adeguamento solo apparente, poiché in sede applicativa non era stato mai posto in dubbio che l'aggettivo "professionale", contenuto nella versione originaria dell'art. 3 cod. consumo, potesse essere riferito anche all'attività commerciale, industriale o artigianale [5].

Su un piano più generale, è stato rilevato come tale ultimo intervento legislativo abbia sancito il passaggio dalla protezione del consumatore quale soggetto debole alla sua considerazione quale operatore economico [6].

Per quanto sin qui detto, è ora opportuno analizzare le varie interpretazioni date della nozione di consumatore tanto a livello comunitario quanto a livello nazionale, distinguendo, in quest'ultimo ambito, tra l'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione e quella proposta dai giudici di merito [7].

3. Segue: la nozione di consumatore nella giurisprudenza comunitaria e nazionale

La Corte di giustizia delle Comunità Europee adotta, ad oggi, un'interpretazione restrittiva della nozione di consumatore, applicando rigidamente il criterio dello scopo dell'atto di consumo.

Secondo tale impostazione, sarebbe da qualificarsi come consumatore unicamente la persona fisica che agisce per il soddisfacimento di esigenze di natura personale o familiare. Viene, dunque, ad essere utilizzato unicamente un parametro oggettivo, che tiene conto della natura dei beni o servizi negoziati e delle finalità obiettive cui sono destinati, senza attribuire rilievo all'intenzione soggettiva del contraente e ai motivi che lo hanno indotto a stipulare il contratto [8].

La Corte di giustizia delle Comunità Europee ha affrontato il tema per la prima volta nel 1991, in relazione all'applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 avente ad oggetto la deroga alla competenza territoriale del giudice in caso di controversia tra consumatore e professionista [9]. In quella occasione, i giudici comunitari avevano accolto un'interpretazione legata alla c.d. tutela del contraente debole, piuttosto che del consumatore in senso stretto. Tuttavia, in seguito, la Corte si è pronunciata sulla nozione di consumatore contenuta nell'appena richiamata Convenzione prospettandone un'interpretazione restrittiva, ancora oggi accolta: la qualifica di consumatore viene riconosciuta solo a chi agisca per finalità estranee agli scopi professionali attuali o futuri [10].

La Corte di Cassazione, seguendo l'impostazione comunitaria da ultimo indicata, adotta il parametro oggettivo dello scopo dell'atto, dal quale discende un'interpretazione restrittiva della nozione di consumatore. Per escludere la qualifica di consumatore, la Suprema Corte ritiene, infatti, sufficiente la mera sussistenza di un collegamento funzionale tra lo scopo che con il contratto si persegue e la professione eventualmente svolta dalla controparte del professionista. Tale orientamento trova fondamento nell'interpretazione letterale del dettato normativo di cui all'art. 3, lett. a), cod. consumo, recante la citata definizione di consumatore, avuto riguardo all'espressione "scopi estranei", da intendersi riferita a finalità non connesse, neanche in senso strumentale, con un'attività professionale [11]. Si discostano, invece, dall'interpretazione della Corte di giustizia delle Comunità Europee e dei giudici di legittimità italiani le corti di merito, che risultano essere più propense ad offrire un'interpretazione estensiva della nozione di consumatore. In particolare, queste ultime sembrano fare propria la tesi, di derivazione transalpina, la quale ritiene che la figura del consumatore

si caratterizzi non per gli atti posti in essere, ma piuttosto per la debolezza contrattuale che è insita nel suo agire [12].

I fautori di quest'ultima tesi pongono l'accento sul fatto che non sempre i soggetti esclusi dalla categoria dei consumatori presentano lo stesso livello di conoscenza circa un determinato bene o servizio e, pertanto, non sempre sono in grado di porsi allo stesso modo di fronte a determinati contratti, in particolar modo a quelli che non sono strettamente attinenti alla professione esercitata, ma sono, comunque, finalizzati allo svolgimento della professione. In questi casi, il soggetto, pur agendo per scopi professionali o nell'ambito di un'attività d'impresa, si trova, nei confronti della controparte contrattuale, nella stessa situazione di squilibrio economico - informativo che costituisce la ratio della disciplina speciale posta a tutela dei consumatori [13]. Nella volontà di ovviare a tale squilibrio deve rinvenirsi la ratio della disciplina consumeristica, che tende non a comprimere l'autonomia privata, bensì a sanzionare eventuali abusi, assicurando certezza alle modalità di adempimento dell'obbligazione [14].

In senso contrario, è stato però evidenziato come questa tesi si ponga in contrasto con parte della ratio della disciplina consumeristica, non già nella prospettiva di tutela del consumatore, peraltro non più considerato parte debole, bensì in considerazione dell'intento ad essa sotteso di assicurare un'equa concorrenza tra gli operatori professionali nel mercato, in quanto garantire le forme di tutela delineate per il consumatore al contraente debole produrrebbe, sul piano della concorrenza, indebiti vantaggi per i c.d. piccoli professionisti o artigiani [15].

Ora, deve rilevarsi come l'applicazione della tesi che lega la qualificazione di un soggetto come consumatore alla conoscenza che lo stesso contraente ha dell'oggetto del contratto, nel caso di specie, avrebbe portato ad escludere che N. potesse godere delle tutele apprestate dal Codice del consumo. Infatti, N., svolgendo professionalmente attività di progettazione e direzione di lavori edilizi, nonché stipulando quotidianamente contratti di prestazione d'opera aventi il suddetto oggetto, non si presentava come soggetto afflitto da un deficit informativo idoneo a giustificare l'applicazione delle tutele del consumatore. Nell'ordinanza qui annotata, i giudici della terza sezione della Suprema Corte hanno però applicato l'orientamento consolidatosi in materia, giungendo a qualificare N. come consumatore non in forza del rapporto tra le sue conoscenze e l'oggetto del contratto, appunto, ma in virtù dello scopo perseguito con la stipulazione del contratto medesimo.

La considerazione della finalità perseguita dalla parte nello specifico caso costituisce, d'altronde, il medesimo punto di riferimento considerato dai giudici comunitari e di legittimità nella qualificazione del contraente in caso di acquisti a scopo promiscuo, ossia con riguardo ai contratti sottoscritti per soddisfare contemporaneamente esigenze personali e professionali. In tali fattispecie, infatti, dottrina e giurisprudenza adottano il criterio della prevalenza della destinazione del bene rispetto all'atto, ritenendo che la qualifica soggettiva del contraente debba essere fatta discendere dalla destinazione oggettiva del bene o del servizio.

Il criterio della prevalenza viene applicato avendosi riguardo alla destinazione oggettiva del bene o servizio in rapporto all'attività professionale concretamente esercitata dall'acquirente: si conclude per l'estraneità a quest'ultima ogni qualvolta il bene o servizio ambivalente si presti meglio a soddisfare, qualitativamente o quantitativamente, le esigenze della vita personale e familiare dell'acquirente, piuttosto che le esigenze della sua attività professionale [16]. Questo risulta essere il criterio applicato dalla Corte di giustizia delle Comunità Europee [17] e dalla Cassazione [18].

Quanto detto giova se tenuto presente anche nell'esaminare il nostro caso, in quanto, pur non integrando quest'ultimo una fattispecie di acquisto ad uso promiscuo, si presenta comunque una ambivalenza, sotto il profilo della qualità soggettiva, consumatore o professionista, del soggetto interessato che può essere risolta facendo ricorso al medesimo criterio ermeneutico della prevalenza della destinazione del bene o servizio.

Merita menzione, solo in quanto esplicitamente richiamata dai giudici chiamati a dirimere la controversia in esame, la circostanza che l'applicazione della disciplina di tutela del consumatore prescinde dal tipo contrattuale dalle parti posto in essere e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, trovando, inoltre, 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.

4. La vessatorietà presunta della clausola derogatoria del foro del consumatore

Tenuto conto di quanto esposto nel paragrafo precedente, risulta palese come l'aver qualificato il sig. N. quale consumatore sia in linea con l'orientamento tanto della dottrina quanto della giurisprudenza, italiana e comunitaria, in materia. Come detto nell'introduzione, la preliminare

risoluzione del problema testé affrontato era fondamentale per potere comprendere se nel caso di specie dovesse trovare applicazione l'art. 33, 2° co., lett. u), sulla competenza del giudice del luogo di residenza o del domicilio eletto del consumatore.

La ratio sottesa alla norma è quella di tutelare il consumatore, soggetto del mercato che ha minore capacità di accesso alla giustizia rispetto al professionista, agevolandone l'iniziativa giudiziaria.

In tal senso, deve leggersi l'interpretazione ampia sostenuta dai giudici di legittimità che estendono la qualifica di consumatore al soggetto che effettivamente subisce gli effetti del contratto [19].

Dal tenore letterale della disposizione, che si riferisce alla «residenza e al domicilio del consumatore», sembra potersi dedurre il carattere elettivamente alternativo dei due fori, implicante la facoltà di scelta da parte del soggetto debole. In quest'ottica, si comprendono le pronunce volte a dare preminenza al luogo di residenza o domicilio del consumatore al momento in cui viene depositato l'atto di citazione sul luogo di residenza in essere al momento della sottoscrizione del contratto [20].

Deve ritenersi che il consumatore non abbia un obbligo di indicazione del luogo di residenza ai fini dell'individuazione del foro competente, e che la mancata indicazione del luogo medesimo non comporti una implicita rinuncia a detto foro [21].

Deve sottolinearsi, altresì, come il foro designato dal Codice del Consumo valga per tutte le azioni volte a tutelare diritti del consumatore, anche se estranei al suddetto Codice, come, a mero titolo esemplificativo, le azioni a tutela dei dati personali di cui al d.lg. n. 196 del 2003 [22], rilevando unicamente la circostanza che il contrasto tra consumatore e professionista abbia avuto origine e fondamento in un rapporto di consumo.

In passato, la Suprema Corte riteneva che la previsione concernente il foro del consumatore, stante il carattere di irrinunciabilità dei diritti riconosciuti allo stesso, fosse da intendere come inderogabile [23]. Questa posizione è stata contrastata da quanti, ricordata la presunzione della sua vessatorietà, hanno ritenuto la clausola di deroga ammissibile se frutto di trattativa individuale intercorsa tra i contraenti [24].

Sulla derogabilità della disposizione non è più ravvisabile contrasto [25], come dimostra, da ultimo, la pronuncia qui annotata, fermo, comunque, l'obbligo di verifica di non vessatorietà della clausola stessa [26].

Così, qualora il consumatore sia convenuto presso un foro differente da quello proprio ed eccepisca l'incompetenza territoriale del giudice avanti

al quale è stato chiamato, sul medesimo incombe l'onere di allegare che si tratta di controversia concernente un rapporto di consumo, e sul professionista di provare che la clausola che deroga al foro legalmente individuato è stata oggetto di specifica trattativa. In altri termini, concentrandosi sul consumatore, se viene citato da un professionista in un foro differente da quello indicato dal Codice del consumo, questi deve allegare la sua qualità di consumatore nell'atto di replica, spettando al giudice verificare prima facie che il soggetto convenuto non intenda artificiosamente farsi scudo del suo status di consumatore per sottrarsi alla competenza del giudice precostituito per legge.

La competenza va determinata avendosi riguardo non solo all'oggetto della domanda proposta, ma anche ai fatti posti a sostegno di essa, indipendentemente dalla loro fondatezza, senza che abbiano rilevanza, a tal fine, diverse prospettazioni dei fatti o eventuali contestazioni [27]. Non è, comunque, obbligo del consumatore indicare tutti i fori alternativamente competenti, essendo sufficiente precisare che, in forza della sua qualificazione soggettiva, opera il disposto di cui all'art. 33, 2° co., lett. u), cod. consumo [28]. È, invece, onere del consumatore far rilevare il difetto di competenza entro e non oltre la prima udienza di trattazione [29].

Spetta, altresì, a quest'ultimo allegare che il rapporto di consumo ha tratto origine da un contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, o, come nel caso de quo, da un documento dal professionista unilateralmente predisposto per il singolo affare [30]. L'assolvimento dell'onere di allegazione da parte del consumatore importa un'inversione dell'onus probandi, cosicché, come già evidenziato, spetterà al professionista dare la prova dello svolgimento di una specifica, seria trattativa, in quanto tale idonea a vincere la presunzione di vessatorietà. In altri termini, il professionista dovrà dimostrare che, valutata singolarmente e in connessione con le altre clausole di cui si compone il contratto, nello specifico caso, la deroga del foro del consumatore non determina un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto stesso [31].

Parte della dottrina ha rilevato come la tesi della Suprema Corte volta ad applicare la disciplina in materia di presunzione di vessatorietà anche alle fattispecie di contratto unilateralmente predisposto per un singolo affare sia criticabile sotto diversi profili, tra i quali emerge con preminenza quello della contrarietà di siffatta interpretazione al tenore letterale del dettato normativo [32]. È stato evidenziato, infatti, come la norma legghi il regime probatorio di favore per il consumatore ai soli

contratti conclusi mediante moduli o formulari, per desumerne, all'opposto, l'intento di accreditare una differente soluzione con riferimento ai rimanenti contratti [33].

È stato messo in luce come abbia dato adito a questa interpretazione il mancato recepimento del 2° co. dell'art. 3 della direttiva 93/13/CEE [34] concernente le clausole vessatorie [35]. Nell'intento del legislatore comunitario, infatti, il suddetto comma era volto a limitare la presunzione di vessatorietà e il relativo vincolo della prova della trattativa ai soli contratti per adesione, cosicché

il suo mancato recepimento importerebbe l'applicabilità delle disposizioni in materia di vessatorietà e onus probandi a tutti i contratti stipulati dai consumatori con i professionisti [36].

Parte della dottrina [37] ritiene che, legare il giudizio di vessatorietà alla sola circostanza della predisposizione unilaterale della clausola non sarebbe conforme ai principi dell'ordinamento in quanto verrebbe a rimettersi la valutazione della clausola alla mera allegazione della circostanza medesima da parte del consumatore [38], considerato che quest'ultimo potrebbe anche decidere liberamente di lasciare al professionista l'onere di redigere il testo contrattuale, non necessariamente per sua incompetenza, in tutti questi casi, invero, non si vede perché si dovrebbe ritenere sufficiente, per il consumatore, una mera allegazione della predisposizione unilaterale del contratto per invertire l'onere probatorio a discapito del professionista [39].

La fondatezza di queste perplessità appare chiara qualora si vada a considerare il caso che ci occupa. Nella fattispecie de quo, N., presentatosi alla ditta edile come progettista e direttore dei lavori, aveva lasciato redigere il contratto a quest'ultima, convenendo che il foro in caso di controversia sarebbe stato quello del Tribunale di Trento, sede dell'impresa; all'insorgere della controversia, per vedere riconosciuta la vessatorietà della clausola, si è poi limitato ad allegarne la predisposizione unilaterale da parte della ditta medesima.

In generale, è stato osservato come l'adempimento dell'onere probatorio da parte del professionista divenga eccessivamente complesso ove il testo concordemente licenziato sia stato composto per l'occasione e poi stampato o, addirittura, vergato a mano, specie se, come nel caso che ci occupa, la prova documentale attestante la competenza in materia della controparte, in quanto architetto progettista e direttore dei lavori, non venga vagliata dai giudici come elemento probatorio.

Tale aspetto della sentenza non offre spunti utili alla determinazione dell'idoneità di un elemento probatorio a palesare l'avvenuta trattativa individuale in merito ad una clausola contrattuale [40].

In generale, secondo consolidata giurisprudenza [41], non rileva la circostanza che una qualsivoglia forma di contrattazione sia intercorsa tra le parti, dovendo il professionista dimostrare che la specifica clausola derogatoria della competenza è stata oggetto di specifica negoziazione tra le parti.

Parimenti, non dovrebbero assurgere al livello di prova le dichiarazioni rese dalle parti come, a mero titolo esemplificativo, le dichiarazioni confessorie aventi ad oggetto l'autoqualificazione soggettiva della parte come consumatore o professionista: infatti, l'attribuzione di una qualsivoglia rilevanza probatoria a un tale elemento del contratto comporterebbe l'immediato riconoscimento od esclusione dell'applicabilità della disciplina a tutela del consumatore. In passato, la Suprema Corte ha peraltro dato rilevanza a siffatte dichiarazioni proprio in ragione del loro carattere confessorio. Queste, hanno ritenuto i giudici di legittimità, essendo contenute all'interno dei contratti stipulati comporterebbero, di fatto, una rinuncia delle parti contraenti all'applicazione nel caso concreto della disciplina consumeristica, a prescindere dai dati fattuali [42].

È stato evidenziato, tuttavia, come una clausola di questo tipo debba ritenersi presuntivamente vessatoria in ragione delle conseguenze che con sé reca, e, pertanto, debba essere fatta oggetto di ulteriore verifica da parte del giudice [43]. Per quanto appena esposto, è agevole allora constatare come il rinvio alle dichiarazioni confessorie delle parti non possa ritenersi in alcun caso risolutivo e determinante [44].

Neppure è di per sé sufficiente per escludere la vessatorietà di una clausola la circostanza che questa riproduca il dettato di una norma di legge: è orientamento consolidato quello secondo cui, lì dove l'applicazione della clausola al caso specifico comporti una deroga ingiustificata della disciplina a tutela del consumatore, la clausola medesima debba, comunque, ritenersi vessatoria [45].

5. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui esposto, è possibile concludere che l'ordinanza qui annotata non presenta spunti particolarmente rilevanti, risultando attestata su posizioni ormai largamente consolidate, anche se non sempre condivise.

Con riferimento alla qualificazione di un soggetto come consumatore è stato, infatti, ribadito che il giudice deve basare la sua valutazione sullo scopo che il soggetto persegue con il contratto.

Purtroppo, non è parimenti condivisibile, la tesi portata avanti dai giudici con riferimento alla determinazione della vessatorietà della clausola derogatoria del foro del consumatore. Infatti, la Corte non ha accolto, a dire il vero neanche vagliato, le sollecitazioni provenienti dalla dottrina volte a sostenere l'esclusione dell'applicabilità della normativa in materia di clausole vessatorie in caso di contratto, non standard, unilateralmente predisposto dal professionista.

In questo secondo aspetto, può ravvisarsi, invero, un profilo di criticità del provvedimento qui annotato, atteso che la fattispecie che i giudici si sono trovati a dirimere integra pienamente il caso

che la dottrina aveva preso come punto di riferimento per illustrare le inaccettabili conseguenze cui l'indiscriminata applicazione della tesi criticata, e fatta propria dalla Suprema Corte, avrebbe portato, esito da scongiurare per le sue ricadute anticoncorrenziali sul mercato.

Note:

[1] ROCCO DI TORREPADULA, Sulla nozione di consumatore, in Contr., 2007, 1071 - 1079.

[2] Raccolte delle sparse norme concernenti i consumatori erano state in precedenza promosse a livello dottrinale: cfr. ALPA, Il codice del consumo, in Contr., 2005, 1047 - 1060; ROSSI CARLEO, La codificazione di settore: il codice del consumo, in Rass. dir. civ., 2005, 879 - 895.

[3] DELOGU, Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore, in Contratto e impresa Europa, 2006, 87 - 100; STILE, Quando il consumatore divenne un valore in sé, in Nuovo dir., 2007, 479 - 481.

[4] BENEDETTI, Quando basta (ancora) il Codice Civile. Utenti, pubblici servizi e diritto delle obbligazioni, in Danno e resp., 2008, 1106 - 1111.

[5] TUVIERI, Il decreto sulle pratiche commerciali scorrette. Una nuova frontiera in tema di tutela del consumatore, in Giur. di Merito, 2008, 1830 - 1853; GENOVESE, La normativa sulle pratiche commerciali scorrette, in Giur. comm., 2008, 762 - 785; BASTIANON, La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali, in Resp. priv. e prev., 2008, 1460 - 1480.

[6] ROSSI CARLEO, Il Codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi, in Contratto e impresa Europa, 2006, 33 - 42

[7] ALPA, Ancora sulla tutela del consumatore, in *Contr.*, 2001, 205 - 208; DE CRISTOFARO, ZACCARIA, La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 d.lg. 6.9.2005, n. 206), in *Leggi civ. comm.*, 2006, 547 - 572.

[8] Per una disamina delle conseguenze derivanti dal cambiamento di prospettiva della tutela consumeristica, si veda U. COREA, Ancora in tema di nozione di consumatore e scopi professionali: un intervento chiarificatore, in *Giust. civ.*, 2000, II, 2121.

[9] C. Giust. CE, 29.1.1991, C89/91: «La particolare disciplina istituita dagli artt. 13 ss. della Convenzione del 27.9.1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale mira a proteggere il consumatore in quanto parte contraente considerata economicamente più debole e meno esperta sul piano giuridico della controparte, così da evitare che egli, vedendosi costretto a proporre l'azione dinanzi ai giudici dello Stato sul cui territorio è domiciliata la controparte, si senta scoraggiato dall'adire le vie legali».

[10] C. Giust. CE, 3.7.97, C269/95, in *Giust. civ.*, 1998, I, 11: «La nozione di consumatore deve essere interpretata restrittivamente, avendo riguardo al ruolo di tale persona in un contratto determinato, rispetto alla natura ed alla finalità di quest'ultimo. Soltanto i contratti conclusi al fine di soddisfare esigenze di consumo privato di un individuo rientrano nelle disposizioni di tutela del consumatore in quanto parte considerata economicamente più debole. È quindi conforme sia alla lettera, sia allo spirito nonché alla finalità delle disposizioni considerate la conclusione che il particolare regime di tutela da esse istituito riguarda unicamente i contratti conclusi al di fuori ed indipendentemente da qualsiasi attività o finalità professionale, attuale o futura».

[11] Si veda, ex multis, Cass., S.U., 20.3.2008, n. 7444: «Secondo l'orientamento giurisprudenziale italiano prevalente deve essere considerato consumatore e beneficia della disciplina di cui all'art. 1469 bis c.c. ss. (attualmente d.lg. n. 2006 del 2005, artt. 3 e 33 ss.) la persona fisica che, anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività; mentre deve essere considerato "professionista" tanto la persona fisica quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che invece utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale e professionale, ricomprendendosi in tale nozione anche gli atti posti in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'impresa». In dottrina, cfr. DIMARZIO,

Ancora sulla nozione di “consumatore” nei contratti, in *Giust. civ.*, 2002, III, 688 - 692; ROCCO DI TORREPADULA, op. cit., 1075.

[12] Il dovere del soggetto “forte” di non abusare del suo potere contrattuale per squilibrare a suo favore il rapporto si rispecchia nel dovere processuale di non abusare della propria posizione economica ed istituzionale: cfr. *Cass.*, S.U., 1.10.2003, n. 14669, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2963, con nota di Lipari, in *Giur. it.*, 2004, 729, con nota di D’ASCOLA, Il foro esclusivo del consumatore, in *Foro it.*, 2003, I, 3298, con nota di Palmieri.

[13] GHIDINI, Responsabilità per danno da prodotti: quando un prodotto può dirsi difettoso, in *Giur. comm.*, 1992, III, 440.

[14] STAZI, MULA, I contratti negoziati fuori dei locali commerciali ed i contratti a distanza, in *Trattato dei Consumatori*, Cassano (a cura di), Padova, 2010.

[15] DELLI PRISCOLI, La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte, in *Contratto e impresa*, 2007, 1533 - 1564.

[16] Cfr.: CRESCIMANNO, I “contratti conclusi con i consumatori” nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo, in *Europa dir. priv.*, 2005, 1135; CONTI, Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione, in *Corriere giur.*, 2001, 532 - 538.

[17] C. Giust. CE, 3.7.1997, C269/95: «Al fine di stabilire lo status di consumatore di una persona, nozione che va interpretata restrittivamente, occorre riferirsi al ruolo di tale persona in un contratto determinato, rispetto alla natura ed alla finalità di quest’ultimo, e non invece alla situazione soggettiva di tale stessa persona. Pertanto, soltanto i contratti conclusi al fine di soddisfare le esigenze di consumo privato di un individuo rientrano nelle disposizioni di tutela del consumatore in quanto parte considerata economicamente più debole. La particolare tutela perseguita da tali disposizioni non si giustifica nel caso di contratti il cui scopo sia un’attività professionale, prevista anche soltanto per il futuro, dato che il carattere futuro di un’attività nulla toglie alla sua natura professionale».

[18] *Cass.*, 13.6.2006, n. 13643: «Perché ricorra la figura del professionista non è necessario che il contratto sia posto in essere nell’esercizio dell’attività propria dell’impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo connesso all’esercizio dell’attività imprenditoriale o professionale», in *Contr.*, 2007, 225, con nota di GUERINONI, Quando il fideiussore è consumatore.

[19] PALMIERI, Risvolti applicativi della regola del foro esclusivo del consumatore, in *Foro it.*, 2005, 10, 2742.

[20] Cfr.: Cass., sez. III, (ord.), 26.9.2008, n. 24257, ove i giudici di legittimità hanno ritenuto che la competenza per territorio nelle controversie tra consumatore e professionista si radichi nel luogo in cui il primo ha la residenza o il domicilio al momento della presentazione della domanda in giudizio, criterio che risponde all'esigenza di assicurare al consumatore la miglior difesa ed al minor costo possibile, in *Corriere giur.*, 2009, 806, con nota di AGNINO, Consumatore e competenza per territorio: si rafforza la tutela nei confronti del professionista.

[21] Cfr. Cass., (ord.), 2.1.2009, n. 20, in *Mass. Foro it.*, 2009, 1193.

[22] Cfr. Cass., (ord.) 14.10.09, n. 21814: «In tema di competenza territoriale, quando la tutela contro il trattamento dei dati personali nei confronti del titolare del trattamento venga invocata nell'ambito di un rapporto di consumo, come tale soggetto all'art. 33, lett. u), d.leg. 6.9.2005 n. 206, il foro previsto da tale norma prevale su quello individuato dall'art. 152 d.lg. 30.6.2003 n. 196, in quanto la sopravvenienza della prima disposizione ha derogato alla seconda con riguardo alle controversie sul trattamento dei dati personali, la cui titolarità origina da rapporti di consumo».

[23] In tal senso, v. Cass. 13.6.2006 n. 13642, in *Dir. e giustizia*, 2006, 33, sulla quale cfr. le considerazioni di GIORDANO, Brevi note del c.d. foro del consumatore nelle controversie relative al trattamento dei dati personali, in *Giust. civ.*, 2007, I, 165.

[24] Si sono mostrati critici, tra gli altri, CIAN, Il nuovo capo XIV bis (titolo II, libro IV) del codice, sulla disciplina dei contratti con i consumatori, in *Studium iuris*, 1996, 425; DE NOVA, Le clausole vessatorie, Milano, 1996, 26; TOMMASEO, Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli artt. 1469 bis-1469 sexies c.c. a cura di Alpa-Patti, Milano, 1997, sub art. 1469-bis, 3° co., n. 19, 450; STELLA, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore* a cura di Cesaro, Padova, 1997, sub art. 1469-bis, 3° co., n. 19, 366; TULLIO, I contratti per adesione tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori, Milano, 1997, 162. Per l'opposta posizione, v., invece DALMOTTO, Un nuovo foro esclusivo per il consumatore?, in *Giur. it.*, 1997, 4, 163; VACCARELLA, Il problema del foro competente nei contratti tra «professionista» e «consumatore» in *Dir. banca e mercato fin.*, 1997, 1, 52; LAPERTOSA, Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 714; CONTI, Lo status di

consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione, in *Corriere giur.*, 2001, 527; CONTI, La Cassazione ripensa al foro esclusivo del consumatore, in *Corriere giur.*, 2002, 220; SENIGAGLIA, Il foro competente per le controversie derivanti da contratti di consumo, in *Contr.*, 2002, 5.

[25] Cfr. Cass., sez. III, (ord.) 8.3.2005, n. 5007; Cass., sez. III, (ord.), 29.4.2005, n. 8980; Cass., sez. III, (ord.) 26.9.2008, n. 24262.

[26] PAPAGNI, L'incompetenza territoriale (in)derogabile del giudice del monitorio: il foro esclusivo del consumatore, in *Giur. di Merito*, 2008, 58.

[27] Cfr. Cass., sez. III, 1.12.00, n. 15367, in STAZI, MULA, I contratti negoziati fuori dei locali commerciali ed i contratti a distanza, in *Trattato dei Consumatori*, CASSANO (a cura di), Padova, 2010.

[28] Cass., sez. II, (ord.) 8.2.2005, n. 2543, in *Foro it.*, 2005, I, 2741, con nota di PALMIERI, Alla (vana?) ricerca del consumatore ideale.

[29] Cfr. Cass., sez. III, (ord.) 13.6.2006, n. 13642: «L'eccezione di incompetenza territoriale esclusiva relativa al mancato rispetto della norma che stabilisce la competenza esclusiva e inderogabile del foro del consumatore può essere tempestivamente sollevata, ex art. 38, 1° co. c.p.c. entro la prima udienza di trattazione».

[30] Cfr. Cass., sez. III, (ord.), 26.9.2008, n. 24262: «Nelle controversie relative ai contratti tra un consumatore ed un professionista, anche in relazione a quelli non conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme una serie di rapporti, incombe al professionista (il quale, non importa se in veste di attore o convenuto, intenda valersi o difendere la legittimità di una clausola di deroga al foro del consumatore ovvero di qualsiasi altra clausola corrispondente a quelle ritenute vessatorie) l'obbligo di dare la prova positiva dello svolgimento della trattativa e della relativa idoneità, in quanto caratterizzata dai requisiti della individualità, serietà ed effettività, ad escludere l'applicazione della disciplina di tutela del consumatore».

[31] GENTILE, Il foro del consumatore ed il codice del consumo, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 70.

[32] Per una ricostruzione delle prime posizioni in materia, si veda RABITTI, Sub art. 1469 ter, 5° co., c.c., in *Commentario al capo XIV bis c.c.: dei contratti del consumatore*, Bianca, Busnelli, Padova, 1997, 751.

[33] GRAZIUSO, sub art. 34, in *Codice del consumo - Commento al d.lg.* 6.9.2005, n. 206, Milano, 2006, 395.

[34] Direttiva 93/13/CEE del 5.4.1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: «2. Si considera che una

clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente in particolare nell'ambito di un contratto di adesione e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto. Il fatto che taluni elementi di una clausola o che una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale non esclude l'applicazione del presente articolo alla parte restante di un contratto, qualora una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto di adesione. Qualora il professionista affermi che una clausola standardizzata è stata oggetto di negoziato individuale, gli incombe l'onere della prova».

[35] AMATO, Per un diritto europeo dei contratti dei consumatori, Milano, 2003, 158 s.

[36] DI NAPOLI, Responsabilità e risarcimento nel codice del consumo, Santarcangelo di Romagna, 2008, 179-181.

[37] PALMIERI, PARDOLESI, Clausole vessatorie, negoziazione individuale, onere probatorio: di terre promesse ed imperialismo del "consumer law", in *Il Foro it.*, 2008, 12, 3532.

[38] AZZARO, I contratti non negoziati, Torino, 2000, 40.

[39] PALMIERI, PARDOLESI, op. cit., 3532.

[40] Per una ricostruzione del problema: MONTICELLI, sub art. 34, in *I contratti del consumatore*, Cesaro, Padova, 2007, 454; LUCCHESI, Onere probatorio e requisiti della trattativa idonea ad escludere la disciplina dei contratti del consumatore, in *Obbl. e contr.*, 2009, 340 - 344.

[41] Cfr. Cass., sez. III, (ord.) 14.10.2009, n. 21816, in *Mass. Foro it.*, 2009, 1275: «La clausola derogativa della competenza per territorio inserita nelle condizioni generali di contratto ha natura vessatoria, comportando essa un'alterazione del sinallagma, sicché si rende necessaria la sua approvazione separata, specifica ed autonoma, distinta dalla sottoscrizione delle altre condizioni dell'accordo».

[42] Cass., 5.6.2007, n. 13083, in *Contr.*, 2008, 251, con nota di GUARINO, Consumatore e professionista: definizioni e disciplina.

[43] Cfr. DALIA, Le nozioni di consumatore e il valore della dichiarazione di agire per finalità di consumo, in *Giur. di Merito*, 2009, 1733 - 1752.

[44] VERRUCCI, Clausole vessatorie e tutela del consumatore. Oltre la formalità della dichiarazione, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 589.

[45] Cfr. Cass., (ord.), 24.5.2006, n. 12251: «L'art. 1469 ter, 3° co., c.c. (oggi art. 34, 3° co., cod. consumo), non può essere interpretato vanificando in modo surrettizio la tutela del consumatore, come nel caso in cui il "forum destinatae solutionis" coincida con la residenza del professionista». In dottrina, si veda: LENER, BOCCHINI, *Contratti dei consumatori*. Art. 1469 bis, 3° co., n. 19, in AA.VV., *Trattato dei*

contratti, diretto da Rescigno, Gabrielli, I, Torino, 2005, 296;
SALOMONE, Il foro del consumatore tra diritto positivo e “judge made law”, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2006, 625 - 654.