



VINCENZA CINZIA MECCOLA

*Dottore di ricerca*

## **CLAUSOLA DI DEROGA AL FORO DEL CONSUMATORE ED ONERE DELLA PROVA DELLA TRATTATIVA INDIVIDUALE**

*SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. La questione della nullità della clausola di deroga al foro del consumatore. – 3. Il modo di operare della nullità e l'onere della prova della trattativa individuale. – 4. Considerazioni conclusive.*

**1.** – La Banca Italease S.p.a proponeva istanza di regolamento di competenza avverso la sentenza del 22 gennaio 2015, in forza della quale il Tribunale di Velletri – investito da tre consumatori dell'opposizione a decreto ingiuntivo pronunciato ai loro danni a favore della stessa banca ricorrente per il pagamento di una somma di denaro in forza di contratto di locazione finanziaria – si era ritenuto incompetente a conoscere della controversia, revocando, conseguentemente, il decreto ingiuntivo opposto ed ordinando la cancellazione dell'ipoteca iscritta sulla base del predetto decreto ingiuntivo.

Nel caso di specie, il Tribunale di Velletri aveva accolto l'eccezione di incompetenza territoriale formulata dagli odierni oppositori sulla scorta della clausola contenuta nel contratto di locazione finanziaria in forza della quale le parti, derogando ai principi sul foro del consumatore contenuti nel Codice del consumo, avevano designato, quale giudice competente a conoscere, in via convenzionale, delle controversie nascenti dalla esecuzione del rapporto contrattuale, il Tribunale di Firenze.

A sostegno del ricorso, la banca ricorrente denunciava, dunque, la illegittimità della sentenza impugnata deducendo che il Tribunale di Velletri non aveva considerato la circostanza che il consumatore è legittimato a decidere liberamente di non rilevare la nullità della clausola derogativa della competenza e, conseguentemente, di non avvalersi delle disposizioni contemplate nel Codice del Consumo, esclusivamente nella ipotesi in cui sia lo stesso consumatore a dare impulso al processo, ma non nella ipotesi, come quella in esame, in cui il medesimo consumatore rivesta lo status di convenuto in senso sostanziale. Stante la invalidità, ai sensi del D.Leg.vo 206/2005, della clausola contrattuale sulla competenza territoriale, la banca ricorrente aveva correttamente adito il giudice di residenza del consumatore, quale foro esclusivo ex art. 33 Cod. cons.

La Suprema Corte osservava che, nel caso de quo, il giudizio veniva promosso dalla Italease e, nella fase monitoria di opposizione a decreto ingiuntivo, i consumatori avevano assunto la posizione di attori in senso formale e di convenuti in senso sostanziale, rivestendo, dunque il

# JUS CIVILE



ruolo di oppositori a decreto ingiuntivo, e non di attori. All'uopo, la Suprema Corte evidenziava che i consumatori, atteso il loro status, non potevano semplicemente limitarsi ad eccepire la incompetenza territoriale del Tribunale di Velletri ma avrebbero dovuto provare che la clausola contrattuale che fissa la competenza in un luogo diverso rispetto al foro del consumatore non era nulla perché oggetto di specifica trattativa tra le parti.

Nel caso di specie, avendo i consumatori omesso di fornire tale prova, correttamente la Banca Italease aveva proposto domanda monitoria dinanzi al giudice di Velletri, ricorrendo, opportunamente, al foro del consumatore atteso che, agendo diversamente, si sarebbe esposta al rischio non solo della eccezione di controparte ma anche al rilievo di ufficio della nullità.

Rebus sic stantibus, la Suprema Corte enunciava il principio secondo cui, nella ipotesi in cui un professionista, come nel caso che ci occupa, nel presupposto che la clausola derogatoria della competenza sia nulla, agisca chiamando in giudizio il consumatore presso il foro indicato ex art. 33 lett. U) Cod. cons., spetti al consumatore che, ex adverso, ritenga pienamente valida ed efficace la clausola e voglia confutarne la presunzione di vessatorietà "quale elemento costitutivo dell'eccezione di incompetenza, di dedurre e dimostrare che vi era stata la trattativa e che, pertanto, non essendo la clausola vessatoria, l'accordo derogatorio era stato legittimo".

La Suprema Corte concludeva, dunque, per la dichiarazione di competenza del Tribunale di Velletri, fissando il termine per la riassunzione del giudizio.

2. – L'ordinanza in commento affronta e risolve la questione relativa alla individuazione dei presupposti per la derogabilità del foro del consumatore .

L'art. 33, comma 2, del D.Lgs. n. 206/2005, stabilisce che si presumono vessatorie una serie di clausole, fra cui, ai sensi della sua lettera u), quella che stabilisce come foro della controversia un luogo diverso da quello di residenza o domicilio elettivo del consumatore, precisando, altresì, che la presunzione opera fino a prova contraria.

La dottrina ha focalizzato l'attenzione sulla portata del requisito della esclusività del foro del consumatore attestandosi su due orientamenti prevalenti. Secondo un primo e più risalente indirizzo<sup>1</sup>, la citata disposizione non avrebbe introdotto un foro esclusivo inderogabile del consumatore, atteso che essa si limita a prevedere un criterio di valutazione del regolamento negoziale in termini di squilibrio di diritti e doveri in capo al consumatore che è parte di un regolamento negoziale e non contempla alcuna regola sulla competenza. Con una duplice conseguenza: che

---

<sup>1</sup> SENIGAGLIA, *Il foro competente per le controversie derivanti da contratti di consumo*, in *Contratti*, 2002, I, 8.

FUSARI, *Il foro esclusivo del consumatore nella disciplina delle clausole abusive*, in *I Contratti*, 2005, 241; CRISOSTOMO, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: l'esordio di una disciplina*, in *Foro it.*, 1995, I, 2304 G. CIAN, *Il nuovo Capo XIV bis (titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 425; DE NOVA, *Le clausole vessatorie e contratti turistici*, in *I contratti*, 1997, 27; TOMMASEO, *Art. 1469 bis, 3° comma, n. 19*, in ALPA-PATTI, (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, Milano, 1997, 449

## JUS CIVILE



la dichiarazione di vessatorietà della clausola di competenza avrebbe come effetto quello di far rivivere la disciplina prevista dalle ordinarie regole processuali e che esse troverebbero applicazione ogni qualvolta il regolamento contrattuale non preveda alcuna clausola sulla competenza territoriale, applicandosi dunque, in materia di obbligazioni, due fori facoltativi: il forum contractus ed il forum destinatae solutionis.<sup>2</sup>

Già agli inizi del nuovo secolo, un diverso orientamento giurisprudenziale<sup>3</sup>, in linea con un diffusa opinione dottrinarina<sup>4</sup>, proponeva una diversa interpretazione ispirata a ragioni di massima tutela per il contraente debole, in virtù della quale sarebbe consentito al consumatore di incardinare la causa ovvero di difendersi nel foro più vicino a quello di sua abituale residenza o di domicilio elettivo. Infatti, non vi è chi non veda che affrontare un giudizio in un foro diverso e in molti casi assai distante da quello del proprio domicilio implichi un aggravio di costi che, specie per le liti di più modesto valore, finisce per avere un effetto dissuasivo dalla tutela in giudizio dei propri diritti.<sup>5</sup>

Dopo una serie di pronunce discordanti, la giurisprudenza di legittimità<sup>6</sup> ha pacificamente

---

<sup>2</sup> In tal senso Cass. civ., 24 luglio 2001, n. 10086, in *www.dirittocivile.it* la quale osserva come l'operatività delle norme generali di cui agli artt. 18,19 e 20 c.p.c. verrebbero in rilievo come disciplina residuale in caso di dichiarazione di nullità delle clausole sulla competenza o come elementi sananti la presunta vessatorietà della clausola in quanto emergerebbe quanto disposto dall'art. 34, comma III sulla salvezza delle disposizioni che riproducano norme di legge.

<sup>3</sup> Cass. civ., 28 agosto 2001, n. 11282, in *Foro it.* 2001, I, 3587.

<sup>4</sup> VACCARELLA, *Il problema del foro competente nei contratti tra "professionista" e "consumatore"*, in *Doc. giur.*, 1996, 1710; LAPERTOSA, *Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 715-716; DOLMOTTO, *Un nuovo foro esclusivo per il consumatore?*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 161.

<sup>5</sup> Corte giust. CE, 27.6.2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98. Va ricordato, sul piano della legislazione europea, il reg. CE n. 44/2001 il quale, in deroga al principio generale per cui la competenza è quella del giudice dove il convenuto è domiciliato (art. 2, comma 1o), prevede che il consumatore possa agire davanti ai giudici dello Stato in cui è domiciliato (art. 16): tale competenza speciale con l'indicazione di fori alternativi e facoltativi a scelta dell'attore ha la funzione di consentire al soggetto più debole di incardinare la causa nel luogo più collegato alle sue condizioni di vita (ed evitargli costose trasferte: obiettivo riconducibile all'art. 65 del Trattato, in particolare, lett. c), rivolto all'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili).

<sup>6</sup> Cass. civ., 1 ottobre 2003, n. 14669, in *Foro it.*, 2003, I, 3298, con nota di A. PALMIERI, *In fuga dal codice di rito: i contratti del consumatore conquistano il foro esclusivo (ma derogabile in assenza di squilibrio)*; la quale stabilisce che la disposizione dettata dall'art. 1469 bis comma 3 n. 19 c.c. si interpreta nel senso che il legislatore, nelle controversie tra consumatore e professionista, ha stabilito la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo, presumendo vessatoria la clausola che prevede una diversa località come sede del foro competente, ancorché coincidente con uno di quelli individuabili sulla base del funzionamento dei vari criteri di collegamento stabiliti dal codice di procedura civile per le controversie nascenti dal contratto (principio espresso in relazione a controversia nascente dal recesso del consumatore da un contratto preliminare di acquisto di una quota di multiproprietà, stipulato in epoca anteriore all'entrata in vigore della l. n. 52 del 1996); nello stesso senso Cass. civ., 26 settembre 2008, n. 24262, in *www.dirittoimpresa.com*; Cass. civ., 26 aprile 2010, n. 9922, in *Foro it.*, 2008, 3528, la quale, nel precisare che la trattativa deve avere i requisiti di serietà, effettività ed individualità, osserva che, in ogni caso, non consente di superare la presunzione di vessatorietà della clausola derogatoria del foro del consumatore, il fatto che la competenza territoriale sia stata fissata in una località coincidente con l'applicazione di uno dei criteri ordinari delineati dal codice di procedura civile; Cass. civ., 30 marzo 2015, n. 6333 in *www.ilsole24ore.com*; Cass. civ., 29 aprile 2005, n. 8980, in *www.alex.it*; Cass. civ., 20 agosto 2004, n. 16336, in *I contratti*, 2005, 24; Cass. civ., 26 settembre 2008, n. 24257, in *Foro it.*, 2008, 1111; Cass. civ., 23 febbraio 2007, n.

## JUS CIVILE



chiarito che nelle controversie tra consumatore e professionista, ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. u), del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (e già dell'art. 1469 bis, terzo comma, cod. civ.) la competenza territoriale esclusiva spetta al giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza od il domicilio elettivo e si presume vessatoria la clausola che stabilisca come sede del foro competente una località diversa. È stato infatti osservato che l'esclusività del criterio di competenza territoriale del giudice sembra allinearsi all'intento legislativo di fissare il foro delle controversie del consumatore nel luogo di residenza o domicilio elettivo del consumatore stesso, sicché si è concluso che se è vessatoria la clausola di deroga di competenza territoriale del giudice in luogo diverso da quello di domicilio o residenza del consumatore, allora il foro competente non può essere stabilito in nessun altro luogo che sia diverso da quello in cui il consumatore ha sede. La Suprema Corte<sup>7</sup> – assumendo un atteggiamento piuttosto intransigente e rigoroso, improntato alla massima protezione del consumatore in corso di causa – puntualizza finanche che, in ogni caso, non consente di superare la presunzione di vessatorietà della clausola derogatoria del foro del consumatore la circostanza che la competenza territoriale sia stata fissata in una località coincidente con quella desumibile dall'applicazione di uno dei criteri ordinari delineati dal codice di procedura civile.<sup>8</sup> Infatti, l'art. 34, comma 3, in forza del quale non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge, non può essere interpretato nel senso di vanificare in modo surrettizio la tutela del consumatore. Il criterio di competenza territoriale del giudice costituisce un criterio di competenza a carattere soggettivo poiché la sua determinazione avviene in relazione allo status del consumatore<sup>9</sup> sicché il cd. “foro del consumatore” è

---

4208, in *www.ambientediritto.it*; Cass. civ. 2 gennaio 2009, n. 20, in *Mass. Foro it.*, 2009, c.1193; Trib. Palermo, 20 febbraio 2004, in *Gius. civ.*, 2004, 2443; Trib. Firenze, 10 dicembre 2002, in *Foro toscano*, 2003, 180; Trib. Padova, 28 febbraio 2011, in *Il caso.it*; Giudice di Pace di Civitanova Marche, ordinanza del 9.05.2014; Trib. Ferrara, 28 luglio 2010, in *I contratti*, 6/2011, 584 e ss il quale stabilisce che qualora un contratto stipulato fra consumatore e professionista contenga una clausola che attribuisca una competenza esclusiva ad un determinato foro diverso da quella in cui il consumatore risiede al momento della proposizione della domanda, il giudice adito dal consumatore sarà tenuto a rilevarla propria incompetenza; Corte di Giustizia Europea, 6 settembre 2012 (C-190/11) in *www.diritto bancario.it*

<sup>7</sup> Cass. civ. 1 ottobre 2003, n. 14669, in *Gius. civ.*, *Massimario*, 2003, 10 la quale correttamente osserva che se ritenessimo praticabile la via offerta dal III comma dell'art. 34 e ritenessimo di potere sanare con la riproduzione di norme di legge la vessatorietà della clausole, si giungerebbe a negare utilità alla stessa previsione speciale di cui all'art. 33, comma II, lettera u) Cod. cons., a vantaggio di una disposizione generica dettate in fatto di clausole cosiddette “dichiarative”(art. 34, comma III); Cass. civ., 28 giugno 2005, n. 13890, in *Gius. civ.*, *Massimario*, 2005, 6; Cass. civ., 1 ottobre 2007, n. 14669, in *www.diritto civile.it*; Cass. civ., 26 aprile 2010, n. 9922, in *Diritto e Giustizia*, 2010, Cass. civ., 20 marzo 2010, n. 6802, in *Diritto e Giustizia*, 2010; Cass. civ., 8 marzo 2005, n.5007, in *Foro italiano*, 10, 2739 ss; in tal senso anche Corte di Appello di Milano, 12 dicembre 2007, in *www.cortecostituzionale.it*; Tribunale di Bologna, 9 ottobre 2007, n. 253, in *www.diritto.it*; la dottrina osserva come “L'applicazione dell'art. 20 c.p.c. è costantemente ammesso in caso di giudizi relativi al pagamento dei premi rimasti insoluti”: in tal senso ALPA, *Le assicurazioni private*, Torino, 2016, 1122-1123.

<sup>8</sup> Cass. civ., 20 agosto 2004 n. 16336, in *Foro it.*, 2005, I, 185, con nota di PALMIERI; Cass. civ., 23 febbraio 2007, n. 4208, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2439; in tal senso anche autorevole dottrina: LIPARI, *Il foro del consumatore la vaglio delle sezioni unite. Dimensione intertemporale e portata precettiva dell'art. 1469 bis. Comma 3, n. 19 c.c.*, in *Gius. civ.*, 2004, I, 2709

<sup>9</sup>MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 15<sup>a</sup> edizione, Torino, 2003, 232.

# JUS CIVILE



configurato come un foro esclusivo e speciale, derogabile dalle parti solo con trattativa individuale, operante anche qualora i contraenti non abbiano stabilito nulla in merito al foro competente e sostitutivo dei criteri legali di collegamento previsti nel nostro codice di procedura civile.<sup>10</sup>

La presunzione di vessatorietà della clausola derogatoria può essere vinta solo ove si dimostri che essa sia frutto di trattativa individuale, prova che – come è noto –, ai sensi dell'art. 34 del Codice del consumo grava sul professionista.<sup>11</sup>

**3.** – La particolarità della fattispecie che ci occupa consiste nel fatto che, nel caso di specie, i ruoli sono per così dire “invertiti”, nel senso che, secondo la Corte, al fine di vedere accolta la declaratoria di incompetenza, l'onere probatorio di dimostrare che la clausola derogatoria del foro del consumatore non sia nulla – perché oggetto di trattativa individuale – spetterebbe al consumatore e non al professionista.

Per effetto di tale singolare processo di inversione dei ruoli, al consumatore viene ad essere preclusa la facoltà di eccepire l'incompetenza in virtù della clausola pattizia implicitamente ritenuta invalida, nonostante il consumatore l'abbia espressamente invocata fondando su di essa la propria eccezione.

Tel ragionamento, come meglio si avrà modo di argomentare, si pone in contrasto con i principi desumibili dai più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità e della Corte di Giustizia circa i limiti del potere officioso del giudice laddove il consumatore, adottando un inequivocabile comportamento processuale, abbia dimostrato di non voler eccepire la nullità.

La nullità della clausola derogatoria della competenza (rectius secondo l'interpretazione prevalente del foro esclusivo) si configura, al pari di quella discendente dalla violazione delle altre clausole della c.d. lista grigia, come nullità di protezione, che può essere fatta valere solo dal consumatore e rilevata d'ufficio dal Giudice.

---

<sup>10</sup> Cass. civ. 24 novembre 2008, n. 27911 *cit.*; Cass. civ., 11 gennaio 2007, n. 377, *cit.*; Cass. civ. 6 settembre 2007, n. 18743, *cit.*; Cass. civ., 11 gennaio 2007, n. 385; Cass. civ., 29 aprile 2005, n. 8980, in *Mass Foro it.*, 2005, 1043.

<sup>11</sup> Ex plurimis, Cass. civ., 6 settembre 2007, n. 18743, in *Foro it., Rep.*, 2007, voce “contratto in genere”, n. 419; Cass. civ., 24 novembre 2008, n. 27911, in *www.altalex.it*; Cass. civ., 20 marzo 2010, n. 6802, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 271 ss.; Cass. civ., 23 febbraio 2007, n. 4208, in *www.ilcaso.it*. Non fa alcun riferimento alla necessità della sussistenza della prova contraria per superare la vessatorietà: Cass. civ., 11 gennaio 2007, n. 377, in *Foro it., Rep.* 2007, voce “contratto in genere”, n. 421; Cass. civ., 5 agosto 2005, n. 16574, *ivi*, 2006, voce “Competenza civile”, n. 67; Cass. civ., 13 giugno 2006, n. 13642, in *Gius. civ.*, 2006, I, 2016; Cass. civ. 28 giugno 2005, n. 13890, in *Foro it., Rep.*, 2005, n. 109; Cass. civ., 29 aprile 2005, n. 8990, *ibidem*, n. 110; Cass. civ., 18 novembre 2011, n. 24370, in *Massimario.it*, 4/2012 la quale stabilisce che in tema di tutela del consumatore, per escludere la competenza del “foro del consumatore” il professionista deve fornire la prova che la diversa competenza è stata negoziata in base a specifica trattativa e che non ne deriva uno squilibrio significativo delle reciproche posizioni contrattuali, secondo la direttiva posta dall'art. 33 comma 1 del D.Lgs. n. 206/2005; Cass. civ., 20 agosto 2010, n. 18785, in *AdC*, 2010, 188; Cass.civ., 21 maggio 2008, n. 13051, in *Resp. civ. e prev.*, 12, 2008, 2451; Cass. civ., 6 settembre 2007, n. 18743, in *Foro it.*, 2008, IV, 1164.



Per lungo tempo ci si è interrogati circa la compatibilità tra legittimazione relativa e potere officioso del Giudice<sup>12</sup>, in quanto le finalità sottese a tali previsioni, individuabili nella tutela del singolo nel primo caso e dell'interesse generale nel secondo, sarebbero diametralmente opposte<sup>13</sup> e si è all'uopo osservato che si correrebbe il rischio che il professionista, in un ipotetico giudizio, possa "sollecitare" la pronuncia di nullità di una clausola illegittima con il fine di sottrarsi all'obbligo di esecuzione della prestazione in danno del consumatore.

Da tempo, tuttavia, la migliore dottrina ha risolto tale apparente contrasto nel senso che il potere officioso del Giudice debba essere esercitato conformemente a quello che si presume essere l'interesse della parte debole<sup>14</sup>

In tale ipotesi, ove mai il giudice volesse disapplicare d'ufficio la clausola, attesa la sua vessatorietà, la declaratoria di nullità verrebbe inibita nella ipotesi in cui il consumatore dichiarasse di volersi comunque avvalere della stessa.<sup>15</sup>

Un recente orientamento della Suprema Corte<sup>16</sup> afferma l'importante principio secondo cui

---

<sup>12</sup> PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, 189 (in questo senso anche Cass. civ., 11 novembre 1974, n. 3508, in *Giur. it.*, 1976, 815).

<sup>13</sup> VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contratto e impresa*, 2011, 1378.

<sup>14</sup> In tal senso, ex plurimis, ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2001, 845; MONTICELLI, *Limiti sostanziali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 303. Per la Giurisprudenza comunitaria cfr. Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 04.06.2009, C. 243/08, in *Contratti*, 2009, con nota di MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*; per quella di merito, cfr. Trib. Terni, 22.01.2007, in *Giur. it.*, 2007, 2746; per quella di legittimità cfr. Cass. civ., 04.09.2012, n. 14828, *cit.*; Cass., 21.03.2014, n. 6784, in *Contratti*, 2014, 1141, con nota di OGGIANO, *Le clausole vessatorie tra rilevabilità d'ufficio e legittimazione relativa*; Cass. civ., 12.12.2014, n. 26243, *cit.*, ove espressamente si nega che possa essere il predisponente a sollecitare i poteri officiosi del Giudice.

<sup>15</sup> In questa ipotesi è stato notato come il consumatore diventi arbitro della sorte del foro competente potendo discrezionalmente chiedere al giudice di dichiarare la nullità della clausola o, ex adverso, di aderire – precludendo al giudice la possibilità di disapplicarla – al foro indicato nella predetta clausola. In tal senso MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 202, 689. La giurisprudenza di merito ha chiarito che, nella ipotesi in cui un contratto soggetto agli art. 1469 bis e ss. c.c., contenga una clausola che preveda che per tutte le controversie da esso scaturenti la competenza esclusiva sia attribuita ad un dato foro, differente rispetto a quello di residenza del consumatore, è tenuto a dichiarare la propria incompetenza il giudice adito dal consumatore che convenga il professionista dinanzi al foro convenzionale: in tal senso Tribunale di Ferrara, 28 luglio 2010, in *I contratti* 6/2011, 584 ss. con nota di BENINI, *Consumatore attore e competenza territoriale del giudice.*; cfr. anche Cass. civ., 15.6.2002, n. 5420, in *Vita not.*, 2002, I, 1532, secondo cui la legittimazione generale all'azione di nullità prevista dall'art. 1421 c.c., in virtù della quale la nullità del negozio può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, non esime l'attore dal dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire per cui l'azione stessa non è proponibile in mancanza della prova, da parte dell'attore, della necessità di ricorrere al giudice per evitare la lesione di un proprio diritto e un conseguente danno alla propria sfera giuridica.

<sup>16</sup> Cass. civ., 21 marzo 2014, n. 6784, in *I Contratti*, 12/2014, 1141 ss. IV, 489 la quale ha il merito di affermare la necessità di rilevare d'ufficio le clausole vessatorie inserite in un contratto anche in assenza di un'esplicita domanda del consumatore. La Corte di Cassazione, difatti, nelle precedenti pronunce (una su tutte Cass. civ., 4 settembre 2012, n. 14828 in *www.ilcaso.it*) aveva ribadito tale principio ma con riferimento alle c.d. nullità generali, in ottemperanza a quanto già statuisce l'art. 1421 c.c. Al riguardo, le Sezioni unite hanno affermato la rilevabilità d'ufficio delle nullità, richiamando anche una pronuncia della Corte di giustizia del 4 giugno 2009, causa 243/08, la quale ha stabilito che il giudice deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui consumatore vi si opponga. Inoltre, può essere richiamato anche il successivo arresto (Cass.

## JUS CIVILE



la nullità delle clausole vessatorie deve essere rilevata d'ufficio dal Giudice in ogni stato e grado del processo e, dunque, anche in assenza di un'esplicita domanda in tal senso formulata dal consumatore. Tale "obbligo" – nelle precedenti pronunce<sup>17</sup> – ribadito esclusivamente con riferimento alle c.d. nullità generali, in ottemperanza a quanto già statuisce l'art. 1421 c.c. – trova origine e conferma nella più recente ed unanime giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>18</sup> e non è incompatibile con le aspettative della parte debole del rapporto – legittimata ad eccepire le nullità di protezione – la cui tutela diviene, invero, più incisiva: in tale ipotesi, si rimedierebbe al difetto strutturale dell'atto allorché il giudice, comminando la sanzione della nullità<sup>19</sup>, andrebbe a svolgere una funzione "riequilibratrice" degli interessi contrapposti dei contendenti. La novità delle pronunce della Corte di Giustizia consiste essenzialmente nell'attribuzione al giudice del potere-dovere di interpello, in forza del quale il magistrato ha l'obbligo di evidenziare nel processo la quaestio nullitatis, invitando il consumatore a pronunziarsi in ordine ad essa, così da evitare il rischio di pronunce di nullità c.d. «a sorpresa» contro le quali vi era già stata un'esplicita presa di posizione della nostra Corte di legittimità<sup>20</sup>.

---

civ., 12 luglio 2013, n. 17257, in *www.dirittobancario.it*) che ha applicato tale principio anche quando siano state proposte eccezioni di nullità del contratto in primo grado, ritenendo ammissibile la proposizione di altre eccezioni che deducono ulteriori profili di nullità, rilevabile d'ufficio.

<sup>17</sup> Cass. civ., 4 settembre 2012, n. 14828, in *www.ilcaso.it*.

<sup>18</sup>CGCE, causa C-243/08 Pres. Lenaerts – Rel. De Lapuerta – Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györffi, in *I Contratti*, 12/2009, 1115, con nota di MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *I Contratti*, 12/2009, 1115 il quale osserva come la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori legittimano il giudice nazionale a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale. Il giudice adito ha dunque il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva sicché il ruolo così assegnato al giudice nazionale dal diritto comunitario nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunziarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta "l'obbligo" inderogabile di esaminare d'ufficio la questione; tuttavia nell'esecuzione di tale obbligo il giudice nazionale non deve disapplicare la clausola abusiva qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante; sul dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità delle clausole vessatorie: CGCE, 26 ottobre 2006, causa C168/05, Mostaza Claro c. Centro Movi Milenium SL, in *Foro it.*, 2007, IV, 373; CGCE, 4 giugno 2009, causa 243/08, Pannon GSM Zrt c. Sustikné Györffi, in *Foro it.*, 2009, IV, 489. La Corte, dopo aver esplicitato il potere-dovere del Giudice di rilevare d'ufficio la nullità della clausola, afferma che «nell'esecuzione di tale obbligo il giudice nazionale non deve tuttavia, in forza della direttiva disapplicare la clausola in esame qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva»; CGCE, 6 ottobre 2009, causa C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodriguez Nogueira, in *Corr. giur.*, 2010, 170 le quali hanno specificato che «elemento decisivo per ottenere la compatibilità della rilevabilità d'ufficio con la relatività della legittimazione all'azione è quello secondo il quale il rilievo del giudice deve seguire "il vantaggio del consumatore" come prevede espressamente l'art. 36 c. cons.» Nello stesso senso ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 845; MONTICELLI, *Limiti sostanziali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 303; circa il potere-dovere del giudice di dichiarare la nullità della clausola abusiva e il suo fondamento cfr. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze JÖRÖS e ASBEEK BRUSSE*, in *Jus civile*, 2013, 7, 388 ss.

<sup>19</sup>RUSSO, *Nullità successiva di protezione da inadempimento? Spunti critici per una riconcettualizzazione dell'accordo contrattuale*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 808.

<sup>20</sup> Cass. civ., 21 novembre 2001, n.14637, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1611, con nota di LUISO, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»*, la quale pone l'accento sulla centralità del contraddittorio e sulla impossibilità da parte del giudice di giungere ad una decisione in assenza di un contraddittorio fra le parti atteso

# JUS CIVILE



Una strategia da adottare nella ipotesi in cui dagli atti processuali non emergano, in maniera inequivocabile, le intenzioni del contraente “debole ” di conservare ovvero rimuovere la clausola vessatoria ed al fine di non determinare interventi suppletivi del giudice che potrebbero, paradossalmente, andare a discapito ovvero oltre la reale volontà della parte debole del rapporto, potrebbe essere quella di ricorrere all’art. 183, comma 4, c.p.c. secondo cui “nell’udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”. Conseguentemente, dopo aver sollecitato il contraddittorio sul punto, l’organo giudicante “dovrà astenersi dal rilevare d’ufficio la nullità del contratto qualora, dagli atti e dalle prove assunte in giudizio, detto rilievo non corrisponda agli obiettivi del consumatore, avendo egli manifestato l’intenzione di conservare il contratto o la sua singola clausola che, ancorché astrattamente lesivi, non gli recano in concreto alcun pregiudizio”<sup>21</sup>

Invero, dal momento che la nullità delle clausole vessatorie opererebbe solo a vantaggio del consumatore stesso, è inconfutabile come la prevalenza dell’interesse del consumatore legittimi il medesimo ad inibire il dovere /potere del giudice di fare valere tale nullità di protezione.

La Suprema Corte<sup>22</sup> è orientata ad accordare al consumatore la possibilità di derogare al proprio foro nella ipotesi in cui ritenga più vantaggioso non avvalersi del medesimo, ad esempio, perché i ricorrenti hanno domicilio in molteplici, diverse città e potrebbe risultare più vantaggioso concentrare le azioni in un unico foro, così da garantire non solo l’uniformità del giu-

---

che è posto a carico del giudicante un dovere di collaborazione ex art. 183 III comma c.p.c.; in tal senso cfr. anche Cass. civ., 5 agosto 2005, n. 16577, in Riv. dir. proc., n.2, 2006, con nota di RICCI, *La sentenza della “terza via” ed il contraddittorio*, 750-752; in senso diametralmente opposto, Cass. civ., 27 luglio 2005, n. 15705, in Riv. dir. proc., n. 2, 2006, con nota di COMOGLIO, *“Terza via” e processo giusto*, 755 la quale stabilisce la validità di una sentenza che si è pronunciata su una questione d’ufficio non segnalata alle parti, sulla base dell’assenza di una previsione ex lege della nullità.

<sup>21</sup> VELTRI, *La rilevabilità d’ufficio della nullità: limiti e condizioni*, in I Contratti, 2013, 499.

<sup>22</sup>Cass. civ., 23 ottobre 2012, n. 1817, in *www.Altalex.it*; Cass. civ., 8 febbraio 2012, n. 1875, *Foro it.*, 2012, I, 1426 la quale osserva che il consumatore, qualora ritenga più vantaggioso non avvalersi del foro, al fine di assicurare al medesimo un sensibile contenimento dei costi ed una maggiore celerità ed economia processuale ha “... il diritto di derogare al foro del consumatore ed alla norma del Codice del Consumo”; Cass. civ., 23.10.2012, n. 18171, in *www.altalex.com*, la quale ribadisce che In caso di controversia tra professionista e consumatore, il consumatore può scegliere di proporre l’azione in un tribunale diverso da quello stabilito dall’art. 63 del Codice del Consumo (c.d. foro del consumatore). La Cassazione ha ribadito, dunque, un concetto già espresso in un’altra recente sentenza (Cass. civ., 16 aprile 2012, n. 5976, in *www.neldiritto.it*) secondo cui la scelta del giudice competente spetta in via esclusiva al consumatore, il quale “può adire un giudice diverso da quello del foro del consumatore ex art. 63 d.lgs. n. 296 del 2005, competente per territorio giusta uno dei criteri posti agli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., senza che, in accoglimento della relativa eccezione sollevata dal professionista ovvero d’ufficio, tale giudice possa dichiarare la propria incompetenza anche a svantaggio, e cioè in pregiudizio dell’interesse, del consumatore”. Peraltro, in un’altra pronuncia (Cass. civ., 8 febbraio 2012 n. 1878, in *www.personaedanno.it*) la Corte di Cassazione ha stabilito che ove il consumatore ritenga più vantaggioso non avvalersi del foro del consumatore (ad esempio, come nel caso qui commentato, perché i ricorrenti avevano domicilio in molteplici, diverse città ed avevano considerato più vantaggioso concentrare le azioni in un unico foro, quale quello della sede della Società, “così da garantire non solo l’uniformità del giudicato, ma anche consentire un sensibile contenimento dei costi ed una maggiore celerità ed economia processuale”) deve essere assicurato al medesimo “il diritto di derogare al foro del consumatore ed alla norma del Codice del Consumo”.



## JUS CIVILE



dicato, attesa la molteplicità dei domicili, ma anche consentire un sensibile contenimento dei costi ed una maggiore celerità ed economia processuale.

Trattandosi di nullità di protezione che opera esclusivamente a vantaggio del consumatore e non a suo discapito, qualora il consumatore stesso lo ritenga opportuno, potrà liberamente scegliere un diverso foro, nel caso di specie a lui più conveniente, se coincidente con quelli di legge ovvero, come nel caso in esame, con quello convenzionalmente fissato. Dall'orientamento prospettato dalla Corte si evince, quindi, che la nullità di protezione incorpora un controllo di meritevolezza volto all'attuazione dei valori dell'equità, dell'equilibrio e della giustizia, con la conseguenza che il giudice può procedere legittimamente a rilevare d'ufficio la nullità esercitando un potere/dovere officioso azionabile negli stretti limiti previsti dalle norme processuali vigenti nei singoli ordinamenti.

Le condivisibili conclusioni cui giunge la Corte, più che da sottese ragioni processuali, sono in realtà dettate dalla necessità di armonizzare la prescrizione di cui all'art. 63 cod. cons., norma dettata con riferimento alle ipotesi di contratti a distanza ovvero negoziati fuori dai locali commerciali<sup>23</sup>, ad un'interpretazione sistematica e funzionale dell'intero sistema speciale costituito dal Codice del Consumo: una interpretazione letterale, infatti, limiterebbe la tutela del consumatore, imponendogli di dover obbligatoriamente adire il giudice del luogo in cui risiede, precludendogli ogni diversa valutazione di carattere anche economico, con il paradossale effetto di operare in ipotesi anche a suo discapito<sup>24</sup>. In sostanza, s'impone al giudice un esercizio ragionato e non acritico del potere di rilevare ex officio la nullità del contratto, così a conformare il potere officioso in modo da non essere contrastante rispetto agli interessi del consumatore, essendo le nullità di protezione il principale mezzo tecnico di gestione e controllo del regolamento contrattuale<sup>25</sup>.

Questa prospettiva si incentra, dunque, sull'analisi degli interessi particolari e di riflesso generali che la previsione di una nullità relativa di protezione è in grado di soddisfare, e ciò nel senso che «talvolta la migliore realizzazione di interessi fondamentali, quali sono nella interpretazione classica quelli tutelati dalla nullità, può essere affidata all'intervento di determinati soggetti che di quegli interessi sono nella fattispecie data gli occasionali depositari»<sup>26</sup>.

Secondo questa prospettiva il giudice, in presenza di una nullità di protezione, non può rile-

---

<sup>23</sup> Relativamente ai quali la previsione del foro esclusivo è testuale e incontestabile.

<sup>24</sup> Cass. civ., 8 febbraio 2012, n. 1875, cit., la quale evidenzia anche come ciò risulta peraltro confermato dal fatto che anche al disposto di cui all'articolo 63 del Codice del Consumo si applica il principio per il quale l'incompetenza del giudice adito può essere fatta valere dalle parti o rilevata d'ufficio dal giudice solo entro la prima udienza di trattazione, pena il consolidamento della competenza territoriale del giudice adito.

<sup>25</sup> PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Pers. merc.*, 2009, p. 26 ss.; MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 cc e le nullità contrattuali*, in *Studi in onore di Bianca*, III, Milano, 2006, 604; SCALISI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, 98, richiamato da Mantovani, *Il sistema delle nullità di protezione e l'esercizio del potere giudiziale nel diritto dei consumatori*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 444 ss.

<sup>26</sup> TOMMASINI, *Voce "Nullità"*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano-Roma, 1978, 896 ss.



vare tale forma di invalidità nella ipotesi in cui in cui il soggetto legittimato ad agire – nella fattispecie, il consumatore – abbia espressamente o tacitamente dichiarato di convalidare il contratto o la clausola nulla<sup>27</sup> e questo atteggiamento processuale risulti agli atti del giudizio e provato in corso di causa.

L'atteggiamento del consumatore assume, peraltro, una valenza squisitamente processuale e limitata a quello specifico processo, sicché rimane ferma la sua facoltà di eccepire quella medesima nullità in un differente giudizio.<sup>28</sup> La nullità di protezione è, piuttosto, una nullità che può semplicemente non essere eccepita dall'interessato per espressa scelta difensiva né rilevata d'ufficio se non a beneficio del contraente nei cui confronti è prevista, ma che rimane, in ogni caso tale, tanto da poter essere successivamente fatta valere in un diverso giudizio, considerata l'imprescrittibilità dell'azione, ovvero da essere oggetto di un'inibitoria<sup>29</sup>. L'opzione difensiva in questione, dunque, va interpretata come un mero accadimento che si attua tutto nel processo e resta nel processo, ambito nel quale esclusivamente si consumano i suoi effetti<sup>30</sup>.

4. – Se, dunque, si adotta tale prospettiva interpretativa, conforme ai più recenti arresti della Corte di Giustizia, ed in linea con la migliore dottrina, appare quanto meno contraddittorio l'orientamento seguito dalla pronuncia in commento secondo cui il consumatore può rinunciare ad avvalersi del foro inderogabile fissato dall'art.33 del D.Lgs. n. 5 del 2006, ogniqualvolta agisca nella qualità di attore, ma non quando assuma la posizione di convenuto, dovendo in questo secondo caso, per vincere la presunzione di vessatorietà della clausola, essere egli stesso costretto a provare la trattativa individuale<sup>31</sup>

Se, infatti, la nullità di protezione è nella disponibilità del consumatore, corollario necessario vorrebbe che tale disponibilità sia garantita sia nella ipotesi in cui il consumatore rivesta il ruolo di attore, sia nella ipotesi in cui sia convenuto, essendo privo di giustificazione simile trattamen-

---

<sup>27</sup> D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione: variazione sulla nullità*, cit., 743; BONFIGLIO, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, cit., 899.

<sup>28</sup> GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 2, 2011, 479.

<sup>29</sup> MONTICELLI, *La rilevanza d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *I Contratti*, 2009, 1119; NARDI, *Risoluzione di contratto nullo e rilevanza d'ufficio della nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 201 ss.

<sup>30</sup> D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817 co. 2 e 829 n. 1 c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 693 ss.

<sup>31</sup> Nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte, l'iniziativa giudiziaria è stata assunta dalla Banca attrice attraverso il procedimento per decreto ingiuntivo con la conseguenza che i consumatori hanno assunto la posizione di attori in senso formale e di convenuti in senso sostanziale a seguito della proposizione della opposizione a decreto ingiuntivo. I consumatori-resistenti non potevano eccepire la incompetenza territoriale del Giudice adito da parte attrice, essendosi limitati a dichiarare di volere rinunciare ad avvalersi del foro del consumatore, ma avrebbero dovuto fondare tale eccezione fornendo la prova che la clausola contrattuale che individuava la competenza del giudice in un luogo diverso rispetto al foro del consumatore non era inficiata da nullità poiché validamente sottoscritta, attraverso una specifica trattativa privata

## JUS CIVILE



to deteriorare ai danni del consumatore convenuto in giudizio, cosicché ove, come nel caso in commento, egli dimostri – con un inequivoco comportamento processuale – di non volersi avvalere della nullità della clausola (invocandola addirittura a fondamento della proposta eccezione di incompetenza) essa non potrà dichiararsi ovvero darsi per presupposta in violazione di una chiara manifestazione di volontà espressa dal consumatore stesso<sup>32</sup>.

È verosimile immaginare che, nel caso di specie, i Giudici si siano “immedesimati” nella posizione della società creditrice la quale, ove avesse scelto di adire il foro convenzionalmente stabilito, si sarebbe esposta all’eccezione di incompetenza dei convenuti ed al rilievo officioso del Giudicante.<sup>33</sup>

Tale prospettiva trascura tuttavia di considerare che la clausola derogatoria della competenza è certamente predisposta unilateralmente dal professionista il quale ben avrebbe potuto evitare di trovarsi in tale scomoda posizione, semplicemente limitandosi a strutturarla in armonia con i principi e le regole dettate dal Codice del consumo.

---

<sup>32</sup> Cass, 8 febbraio 2012, n. 5933, in *Corriere giur.*, 11/2012 secondo cui “Con riferimento alla clausola di cui all’art. 33, comma 2, lett. u) è allora pienamente applicabile la norma del detto comma 3, con la conseguenza che la nullità della clausola non è rilevante se l’iniziativa dell’azione giudiziale è presa dal consumatore, che si fa attore in giudizio e non si avvale del foro a lui riferibile nella detta qualità, cioè del foro della sua residenza o domicilio elettivo (concetto su cui si veda Cass. (ord.) n. 10832 del 2011), e, quindi, in tal caso non potrà né essere rilevata dalla controparte (a cui vantaggio non opera) né d’ufficio dal giudice, mentre, se il consumatore è convenuto davanti ad un foro diverso da quello della sua residenza o del suo domicilio elettivo (sia esso stabilito con una clausola contrattuale oppure no), il potere di eccepire la violazione della regola della competenza correlata a detto foro è esercitabile non solo da lui, se costituito, ma anche d’ufficio dal giudice e se il consumatore non è costituito – come accaduto nella specie – d’ufficio dal giudice; Cass. civ., 3 aprile 2013, n. 8167, in *www.diritto.it*; Cass. civ., 25 marzo 2014, n. 13944, in *www.diritto bancario.it*

<sup>33</sup> Indicativo in tal senso è il passo della pronuncia secondo cui il creditore “diversamente opinando, si sarebbe esposto al rischio, non solo della eccezione della controparte (che, in questo diverso caso avrebbe potuto avere interesse ad avvalersi del foro del consumatore), ma anche del rilievo officioso del giudice (cui è rimessa la facoltà di rilevare la invalidità della clausola contrattuale in deroga al foro del consumatore che non rispetti tutte le prescrizioni di legge).