

ASPETTI DELLA TUTELA DEL CONSUMATORE

NEL D. LGS. 24/2002

INDICE

Introduzione p. 3

Capitolo primo

La garanzia per la vendita di beni mobili nel recente Codice del Consumo (D. Lgs. 206 del 6.9.2005): profili di applicazione oggettiva, presupposti della garanzia e concetto di conformità

1 - Ambito di applicazione oggettiva p. 5

2 - Concetto di conformità p. 13

Capitolo secondo

L'indagine sulla conformità e le presunzioni. Il momento del passaggio del rischio

3 - L'accertamento della conformità p. 19

3.1 - L'idoneità all'uso *ex art. 1519-ter 2° comma lett. a c.c.* p. 22

3.2 - La conformità alla descrizione fatta dal venditore e le qualità presentate *ex art. 1519-ter 2° comma lett. b c.c.)* p. 23

3.3.1 - Le qualità aspettate e le dichiarazioni pubbliche (*art. 1519-ter 2° comma lett. c c.c.)* p. 24

3.3.2 segue: il criterio della qualità e delle prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo. La possibile rilevanza del prezzo p. 26

3.3.3 segue: il criterio della qualità e delle prestazioni che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi p. 29

3.4 - L'idoneità del bene all'uso particolare voluto dal consumatore (*art. 1519-ter 2° comma lett. d c.c.)* p. 38

4- Le presunzioni p. 39

5 - Il momento dell'accertamento della conformità e il principio *res perit domino* p. 51

Capitolo terzo

La fattispecie particolare della garanzia per la vendita di beni usati

6 - La vendita di beni usati p. 59

6.1 segue: i beni usati venduti a un'asta p. 61

6.2 segue: La disciplina della garanzia per vizi nel codice civile e i beni usati p. 63

6.3 segue: i rimedi del compratore di beni di consumo usati p. 73

6.4 segue: il regresso del venditore p. 76

6.5 segue: i termini di decadenza e di prescrizione p. 78

6.6 segue: la limitazione pattizia della durata della garanzia p. 81

Capitolo quarto

Difetto di conformità e rimedi “primari” e “secondari”

7 - Non conformità e rimedi p. 84

7.1 segue: ancora sulla gerarchizzazione dei rimedi p. 88

7.2 segue: i rimedi volti al ripristini della conformità p. 90

7.3 - segue: La scelta tra riparazione e sostituzione p. 96

7.4 segue: l'attuazione dei rimedi volti al ripristino. In particolare, i problemi connessi alla sostituzione p. 98

7.5 - segue: l'esito negativo dei rimedi volti al ripristino p. 102

Capitolo cinque

Confronto con figure diverse

8.1 - Vendita su campione p. 106

8.2 - Vendita di beni immateriali p. 108

Capitolo sei

Il difetto di conformità quale criterio di unificazione della normativa in tema di garanzia nella vendita

9 – Dal difetto di conformità al superamento delle nozioni di vizio, mancanza di qualità e *aliud pro alio?* p. 110

10 - segue: un approfondimento su difetto di conformità e *aliud pro alio* p. 129

11 - Conclusioni p. 141

1. INTRODUZIONE

Per quanto la cultura giuridica italiana, prima della direttiva 1999/44/CE “su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo”, avesse mostrato scarsa consapevolezza di ciò, i più rappresentativi tratti disciplinari nonché la stessa tecnica di inquadramento e regolamentazione normativa che caratterizzano il provvedimento comunitario costituivano già, sia pure per uno specifico ambito di applicazione, diritto vigente nell'ordinamento italiano a far data dalla metà degli anni '70, da quando cioè il nostro Paese ha ratificato le Convenzioni relative alla disciplina della vendita internazionale di cose mobili: quelle dell'Aja del 1964 prima e poi, in sostituzione di queste, quella di Vienna del 1980¹, sicché può a giusta ragione affermarsi che proprio quest'ultima abbia “tenuto a battesimo” la normativa comunitaria² che, calandosi in prospettiva “consumeristica”, ne ha ripreso, con qualche adattamento di circostanza, impostazione e contenuti.

Se anche da noi si fosse prestata per tempo maggiore attenzione alla dinamica di sviluppo internazionale del sistema privatistico uniforme di fonte convenzionale³, che proprio con la disciplina della vendita ha conseguito la sua più importante realizzazione, è probabile che molte delle questioni che si affrontano oggi non sarebbero considerate il frutto di una soluzione “rivoluzionaria”, in guisa che la dottrina italiana, perché meno impreparata, sarebbe stata maggiormente disponibile - e su ben altra scala - a sostenere soluzioni normative molto più radicali.

Di certo, ora che il legislatore, attuando la direttiva 1999/44/CE, ha più o meno consapevolmente compiuto le sue scelte, il dato positivo finisce inevitabilmente con l'oscurare gran parte del rilievo assunto dal dibattito che ha preceduto il recepimento della

¹ Da noi, tra i primi (e pochi) ad occuparsene, cfr. C.M. BIANCA, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, by C.M. Bianca and M.J. Bonell, Milan, 1987, sub artt. 35-38, pp. 268-302; ID., in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario coordinato da C.M. BIANCA, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1989, sub art. 35, pp. 146-152; M. BIN, *La non conformità dei beni nella convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 755 ss.

² Così U. MAGNUS, *Der Stand der internationalen Überlegungen: Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht*, in *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Hrsg. von S. Grundmann, D. Medicus und W. Rolland, KStn-Berlin- Bonn-München, 2000, p. 79.

³ Nella letteratura civilistica italiana, per quanto ha tratto a impostazione metodologica e costruzione concettuale, tra i primi esempi di una decisa presa di posizione in questo senso, cfr., ancorché su diversa area tematica, F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, *passim*. In seguito all'approvazione della direttiva 1999/44/CE il confronto con la Convenzione di Vienna è stato intrapreso, in particolare, da G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44 CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000, p. 47 ss.; D. CORAPI, *La Direttiva 99/44/CE e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: verso un nuovo diritto comune della vendita?*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 655 ss. (da cui le successive citazioni); e in *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi* (Padova, 14-15 settembre 2001), Padova, 2002, p. 135 ss.

normativa comunitaria, anche se difficilmente potrà eliminare le voci di disapprovazione o, quanto meno, quel senso d'insoddisfazione che potrebbe essere manifestato da parte di chi sia convinto di essere di fronte ad una occasione perduta e, giocando d'anticipo, ne avesse per tempo preconizzato il senso e la portata⁴.

Tuttavia, anche quando non si fosse disponibili ad assecondare un approccio siffatto, magari semplicemente perché si è indotti da crudo realismo a valutare lo *ius positum* sempre e comunque per quello che è piuttosto che per quello che avrebbe potuto essere, pare sforzo non vano porsi nella prospettiva poc'anzi evocata, giacché anch'essa sembra poter conferire maggiore consapevolezza critica alla lettura della disciplina che si tratta di comprendere nei suoi singoli contenuti nonché di apprezzare nella sua rilevanza sistematica.

Difatti, sulla scorta di quanto sostenuto in dottrina nella fase nomogenetica⁵ e soprattutto, al cospetto del modo in cui si sono regolati altri ordinamenti europei - si pensi, in particolare, alla disciplina tedesca o a quella austriaca⁶ -, l'innovazione realizzata nell'ordinamento italiano potrà ormai apparire, se proprio di rivoluzione si vuole parlare, come l'ennesima rivoluzione conservatrice⁷, poiché mentre modifica sensibilmente l'ordinamento al contempo lo preserva dall'abrogazione delle regole che si pongono in contrasto con quelle or ora introdotte.

Quanto alla sostanza, ne deriva un quadro normativo complesso, caratterizzato da regole non di rado difficilmente conciliabili, pur essendo dettate per la stessa situazione di fatto, oggettivamente intesa.

Da ultimo fa d'uopo avvertire il lettore che nel corso della redazione del lavoro, o meglio a tesi quasi completamente ultimata, è entrato in vigore il Codice del Consumo (D. Lgs.

⁴ Si è infatti sin da principio avvertito come rischio imminente e probabile la mancata realizzazione di «una moderna e coerente riforma della disciplina in questione, riforma ormai matura ed urgente»: così M. Bin, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contr. impr. Europa.*, 2000, p. 404, il quale ha anche fatto appello ai compiti e alle responsabilità della dottrina, energicamente chiamata ad offrire il proprio contributo.

⁵ Cfr., in particolare, G. De Cristofaro, *op. cit.*, p. 270: «il nostro legislatore dovrebbe approfittare dell'occasione offerta dalla direttiva 99/144/CE per rivedere l'intera disciplina codicistica della responsabilità del venditore per i difetti materiali (ed anche di quelli "giuridici") della prestazione traslativa, elaborando un testo normativo che abroghi totalmente gli artt. 1490 - 1497 c.c., e introduca una disciplina nuova, modellata sugli artt. 35 ss. della Convenzione di Vienna e sulla direttiva 99/44/CE, applicabile senza limitazioni di carattere né «soggettivo» né «oggettivo»; M. BIN, *op. ult. cit.*, p. 404 s.; R. CALVO, *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, in *Contr. impr. Europa*, 2000, p. 463 ss.; M.G. FALZONE CALVISI, *Garanzie legali della vendita: quale riforma?*, *ivi*, p. 452: «auspicabile è che il nostro legislatore colga l'opportunità offerta dalla direttiva per riformare tutta la disciplina della garanzia legale della vendita, dettandone una che razionalizzi la legislazione interna, oltre ad armonizzarsi con quella sovranazionale»; L. CABELIA Pisu, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie*, *ivi*, 2001, p. 34; A. Luminoso, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per i vizi nella vendita*, *ivi*, p. 83 ss.; D. Corapi, *op. cit.*, pp. 668-669.

⁶ Sul punto, per un'agevole lettura di sintesi, cfr. S. GBUNMANN, *European Sales Law - Reform and Adoption of International Models in German Sales Law*, in *ERPL*, 2001, p. 239 ss.; C.W. CANARIS, *L'attuazione in Germania della direttiva concernente i beni di consumo*, in *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno Internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi*, *cit.*, p. 235 ss.

6.9.2005 n. 206), che ha unificato la legislazione in tema di protezione del consumatore espungendo gli artt. 1519-bis ss. dal codice civile e inserendone senza sostanziali modifiche il testo negli artt. 128 ss. del medesimo Codice. Nel presente lavoro gli articoli commentati sono citati secondo la numerazione del codice civile giusta l'inserimento disposto dal D. Lgs. 24/2002, ma il riferimento è ovviamente agli articoli ora facenti parte del D. Lgs. citato. L'entrata in vigore del Codice del Consumo deve ritenersi avere in parte superato le critiche, mosse anche nella presente introduzione, in merito alla frammentarietà della normativa in materia nonché i rilievi critici in più punti mossi all'inserzione degli artt. 1519-bis del c.c.

Capitolo primo

La garanzia per la vendita di beni mobili nel recente Codice del Consumo (D. Lgs. 206 del 6.9.2005): profili di applicazione oggettiva, presupposti della garanzia e concetto di conformità

1. AMBITO DI APPLICAZIONE OGGETTIVA

La lettura del testo normativo farebbe dunque pensare ad una disciplina delle garanzie specificamente dettata per la vendita di beni mobili, nella sua "specie" di vendita di beni di consumo (i quali ultimi, a ben vedere, altro non sono che i beni mobili che il consumatore acquista da una controparte professionale in regime di mercato concorrenziale).

E invero, se così fosse, si comprenderebbero agevolmente le ragioni di una tale collocazione sistematica, preferita a quella nella parte generale del contratto.

Il fatto è che proprio in apertura, nel primo comma dell'art. 1519-bis, si scopre che le cose stanno diversamente. Oltre che della vendita, questa è infatti disciplina anche di altri contratti, che il legislatore equipara alla prima dandosi cura di nominarne quattro singolarmente (permuta, somministrazione, appalto e contratto d'opera) e, forse, di consentire di individuarne altri non espressamente menzionati, concretamente determinabili. sulla base del criterio inclusivo dell'appartenenza alla categoria dei contratti - per riportare l'espressione testuale - "finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre".

⁷ Per una recente lettura di storia del diritto italiano, Sciumè, *Principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837 – 1942)*, Torino, 2002, p. 20ss.

L'interprete é dunque chiamato a stabilire quali siano questi altri contratti ma sin d'ora un dato emerge incontestabile: si tratta di una disciplina comune ad un gruppo di contratti, determinati (vendita, permuta, somministrazione, appalto e contratto d'opera) o determinabili (tutti quelli finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre), che vengono a costituire una categoria per il fatto stesso di essere sottoposti al medesimo trattamento giuridico.

Utilizzando un'espressione ormai invalsa per designare ipotesi analoghe, potrebbe dirsi che si tratta di una disciplina transtipica, dalla quale non a caso si è tratta conferma che “nella normativa di derivazione comunitaria, non è il tipo contrattuale il livello di intervento, bensì il gruppo di contratti, la famiglia (non nucleare) di contratti”⁸.

Stando così le cose, sembra inevitabile chiedersi se la tecnica impiegata dal legislatore italiano (enumerazione nominativa di cinque tipi contrattuali disciplinati nel Titolo III del Libro IV e individuazione di un criterio inclusivo) esaurisca realmente le potenzialità applicative di questa disciplina.

Che l'enumerazione dei tipi non sia tassativa lo si ricava dal fatto stesso che sia stato previsto un criterio inclusivo, ma si tratta poi di vagliare quali reali potenzialità inclusive esso presenti e, anche in relazione a ciò, se esso debba valere al contempo come criterio esclusivo, che non ammette cioè l'inclusione di contratti ad esso non conformi.

Già ad una prima riflessione appare chiaro che tutti i cinque tipi enumerati normalmente rientrano (somministrazione, appalto, contratto d'opera) o possono rientrare (vendita e permuta) nell'area individuata dal criterio che, per mostrare qualche utilità, dovrebbe consentire di individuare tipi contrattuali diversi, magari varianti innominate di quelli già previsti, compatibili però per oggetto, che consiste in quel bene futuro che deve essere prodotto o fabbricato.

Sicché, per dargli un senso più ampio, il criterio potrebbe prestarsi ad una restrizione dell'ambito di applicazione della disciplina, escludendone così tutti i contratti non espressamente enumerati che abbiano per oggetto l'acquisto di un bene presente.

Tale risultato tuttavia, per quanto logico, denuncia un forte sapore formalistico e richiede per ciò stesso ben altre verifiche, rispetto alle quali, in questa sede, si può solo accennare alla circostanza che a tal stregua la nuova disciplina non dovrebbe trovare applicazione ad un leasing o ad una transazione traslativi di un bene di consumo esistente al momento della

⁸ Così, forse con qualche rammarico, De Nova, *La recezione della Direttiva sulle garanzie della vendita di beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 764.

conclusione del contratto mentre sarebbe applicabile ad un leasing o ad una transazione traslativi di un bene di consumo futuro.

Si tratta di risultati certamente inappaganti, ai quali l'interprete potrebbe essere indotto nello sforzo di una lettura coerente del dato letterale; ma tale preoccupazione dovrebbe subito cedere il passo a fronte dell'ipotesi più sensata che si può formulare in ordine alla genesi del criterio inclusivo: esso era presente nella direttiva, la quale tuttavia non enumerava altri contratti oltre la vendita; il legislatore italiano ha estratto dal criterio contenuto nella direttiva i tipi che più agevolmente si potevano ritenere in esso ricompresi, con ciò svuotando e rendendolo probabilmente superfluo⁹.

Ad ogni modo, in ragione dell'ampiezza dell'ambito oggettivo di applicazione, non può non negarsi come il Legislatore abbia dato vita ad una disciplina generale delle garanzie relative ai contratti a prestazioni corrispettive traslativi di un bene di consumo¹⁰.

Formula che necessita certo di qualche precisazione ma che sicuramente esprime in modo più corretto e compiuto la reale portata normativa della novella, che, a tal stregua, non abbisogna di alcun criterio inclusivo, svuotato o meno che sia di concreta capacità di individuazione dei singoli tipi contrattuali.

Tanto basta per ritenere che sistematicamente preferibile sarebbe stata la collocazione di questa disciplina nella parte generale del contratto, all'interno del Capo XIV-bis (Dei contratti del Consumatore)¹¹.

⁹ Secondo Hazan, *Attuata la Direttiva 99/44/CE: si rafforza la tutela del consumatore*, in *Contratti*, 2001, p. 397, il criterio in questione darebbe luogo "ad una sostanziale petizione di principio".

¹⁰ Forse preferibile sarebbe stata la formula a tale riguardo adottata dalla c. d. «Bozza Alpa - De Nova», il cui art. 1, 1° co. era così concepito: «Il presente decreto legislativo disciplina taluni aspetti della vendita e delle garanzie concernenti i beni di consumo. Le disposizioni in esso contenute si applicano anche ai contratti di somministrazione, di appalto, d'opera, di leasing finanziario e ad ogni altro contratto che comporti il trasferimento della proprietà di un bene di consumo a titolo oneroso». Già G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 24, era giunto alla conclusione che la direttiva dovesse trovare applicazione «a tutti e soltanto i negozi di scambio che obbligano una parte (il "venditore") a fornire all'altra un bene di consumo verso la prestazione di un corrispettivo»; e ora ID., *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura dei beni mobili conclusi da consumatori con professionisti*, cit., p. 1178, afferma che la novella riguarda «tutti i contratti a titolo oneroso con i quali un professionista si impegna a procurare al consumatore la disponibilità materiale e giuridica di un "bene di consumo": non soltanto quelli relativi a beni già esistenti all'atto della conclusione del negozio, ma anche quelli aventi ad oggetto beni che, al momento della stipulazione, ancora non sono venuti ad esistenza». Sembra però il caso di precisare che tali conclusioni non legittimano la costruzione di una supernozione di vendita, con il che si ricadrebbe nuovamente nell'assfissia tipologica e si contraddirebbe quel tanto o quel poco che si sia conseguito in termini di individuazione di una categoria generale, nella quale, semplicemente, la stessa vendita è ricompresa. Cfr. ID., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 31: «la nozione di vendita adottata dalla direttiva 99/44/CE è assai più ampia rispetto a quella tradizionale»; e ancora ID., *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura dei beni mobili conclusi da consumatori con professionisti*, cit., p. 1178: «La nozione di "vendita" di cui al nuovo § 1-bis è diversa, e più ampia, rispetto a quella "generale" di cui all'art.1470c.c.». Del resto, se la direttiva diceva «si considerano» e la novella preferisce dire «sono equiparati», ciò significa, all'evidenza, che tali contratti sono e rimangono diversi dalla vendita. Piuttosto che assecondare l'empirico e ingenuo processo logico del legislatore, che prima individua un tipo e poi, avvedutosi che il substrato tipologico su cui vuole effettivamente intervenire è in realtà più ampio, opera estensioni, mediante criteri inclusivi più o meno plausibili, a tipi diversi, l'interprete dovrebbe prendere atto soltanto della effettiva e complessiva ampiezza del substrato tipologico interessato dall'intervento normativo e, in relazione a ciò, predisporre una categoria concettuale di riferimento adeguata, perché sufficientemente generale e comprensiva, evitando così di predicare inutili trasfigurazioni o deformazioni di un tipo (la vendita) che invece, al pari degli altri, del tutto immutato nella nozione, alla categoria appartiene.

¹¹ In senso contrario si era invece espresso, già prima della recezione della direttiva, A. Zaccaria, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo"*, in *Studium iuris*, 2000, pp. 261-262; e in *Annuario di diritto tedesco*, a cura di S. Patti, Milano, 2000, p. 159. l'A. afferma che le norme derivanti dall'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE si deve escludere che "possano trovare spazio nel Capo dedicato ai contratti del consumatore". A giustificazione di ciò si

E' ben vero che essa non trova applicazione a tutti i contratti del consumatore, poiché ne sono esclusi quelli in cui l'atto di consumo abbia per oggetto un bene immobile o un servizio ovvero comporti l'acquisto di un diritto personale di godimento su bene mobile o immobile, ma è ancor più vero che questa disciplina non si applica solo alla vendita. Ration per la quale il posto che le sarebbe spettato è non all'interno di un tipo contrattuale (magari statisticamente più significativo) ma al di fuori di esso¹².

Sarebbe difficile sottrarsi alla lineare consequenzialità dell'argomento impiegato da chi alla scelta sistematica del nostro legislatore sembra disponibile a prestare il massimo credito: la collocazione all'interno della disciplina della vendita fa della "vendita di beni di consumo" un sottotipo della prima¹³.

Il rilievo applicativo di questo argomento è tutt'altro che secondario e non tarda a trovare esplicita formulazione: richiamata la linea di pensiero che in tempi non più recenti fu sviluppata da autorevole dottrina¹⁴ - e adottata la concezione che essa esprime in ordine allo "schema tipo/sottotipo" - si trae l'inevitabile corollario per il quale nel punto in cui si arresta la disciplina del sottotipo trova applicazione diretta la disciplina del tipo¹⁵.

Le insidie di questa costruzione sono tuttavia evidenti.

adduce la seguente argomentazione: "sembra sufficiente osservare che la Direttiva di cui ci stiamo occupando non tratta di contratto in generale, bensì ha per oggetto un ben preciso contratto: il contratto di vendita". Del medesimo avviso sembrerebbe anche Pietrobon, *La direttiva 1999/44 del Parlamento Europeo e del Consiglio e i problemi del suo inserimento nel diritto italiano*, in *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale dedicato alla "memoria, di Alberto Trabucchi, cit.*, 290, il quale, dopo aver espresso le proprie perplessità in ordine alla introduzione della disciplina della "vendita di beni di consumo" all'interno del codice civile, condividendo così "l'opinione che sia preferibile una legge speciale" e paventando che una "integrazione del codice civile porrebbe problemi tecnicamente ben più gravi di quelli che il legislatore dovette affrontare rispetto alla nuova disciplina delle clausole vessatorie", fonda la sua argomentazione sul punto che la disciplina della "vendita di beni di consumo" è un tema "molto più specifico, non riguarda la disciplina dei contratti in generale, ma un singolo contratto nominato". Su diversa posizione Macario, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Contr. e impr., Europa*, 2001, 145, secondo cui "Il modello operativo da seguire potrebbe essere, in sostanza, quello adottato in occasione della novella del 1996, che ha condotto all'inserzione degli artt. 1469-bis-sexies c.c."

¹² Nella ricostruzione offerta da G. DE NOVA, *La scelta sistematica del legislatore italiano*, in *L'acquisto di beni di consumo. D.Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24*, Milano, 2002, p. 5, una volta compiuta la scelta di novellare il codice - scelta che sarebbe dovuta a ragioni di "maggiore visibilità" -, per il legislatore italiano "sorgeva un problema di individuazione del luogo in cui inserire eventualmente nel codice la novella; non nella parte sul contratto in generale, ovviamente, ma nella vendita o nell'appalto o dove?". La spiegazione di De Nova è che il legislatore "non si è fatto troppi problemi" e così ha scelto per la vendita. La collocazione della disciplina "appare scorretta e fuorviante, dal momento che essa si applica non soltanto ai contratti di compravendita, di permuta e di somministrazione, ma anche ai contratti d'opera e di appalto", come ben rileva G. De Cristofaro, *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura dei beni mobili conclusi da consumatori con professionisti*, cit., p. 1177, il quale, alla nota 17, aggiunge che sarebbe stato "meno inopportuno inserire - in conformità all'indicazione fornita da autorevole dottrina (G. Cian) - la nuova disciplina nel Capo XIV-bis del Titolo II del Libro IV, del quale sarebbero state in tal modo valorizzate appieno l'intitolazione ("Dei contratti dei consumatori") e la funzione di "cerniera" fra la disciplina generale del contratto e le discipline dei singoli tipi contrattuali".

¹³ Così G. DE NOVA, *op. loc. ult. cit.*, al quale accorda piena e pronta adesione V. MANNINO, *Note introduttive all'art. 1519-bis*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, coordinato da L. Garofalo, Padova, 2003. Per una recente riconsiderazione del rapporto tra tipo, sottotipo e variazioni dello schema legale, cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 711-718; e in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Diritto privato, 2, Obbligazioni e contratti, Milano, 1998, pp. 367-373; ora anche in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, in *Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno*, Torino, 1999, pp. 40-48. Dopo aver segnalato la difficoltà di distinzione tra "veri e propri" sottotipi e semplici "variazioni" del tipo, A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2003, p. 7 preferisce riportare la vendita di beni di consumo alla tanto ampia (e generica) quanto descrittiva nozione di vendita speciale.

¹⁴ G. MINERVINI, *La costruzione dello sconto bancario*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1949, I, pp. 104-105; cfr. pure ID., *Lo sconto bancario*, Napoli, 1949, p. 73.

¹⁵ G. DE NOVA, *op. loc. ult. cit.*

La vendita di beni di consumo potrà infatti legittimamente qualificarsi come un “sottotipo” della vendita solo allorché il bene di consumo sia oggetto di una alienazione posta in funzione immediata e, di regola, esclusiva, (comunque, prevalente) dello scambio con la controprestazione costituita da un prezzo.

Quando ciò non accada, perché, fermo restando l'effetto traslativo, diversa è la composizione delle note individuatrici essenziali per la definizione del tipo, sembra però una grave forzatura continuare a riportare la " vendita " di un bene di consumo alla vendita (quale “sottotipo” di questa).

Se l'alienazione è effetto di un tipo contrattuale diverso dalla vendita, il fatto che essa sia relativa a beni di consumo non impone di qualificarla ugualmente come “sottotipo” della vendita solo perché la disciplina della “vendita” di beni di consumo ha arbitrariamente trovato posto all'interno del Capo 1 del Titolo III del Libro IV. A questo punto, l'interprete deve evitare che una sistematica discutibile possa portare all'effetto di un esito applicativo meccanico, tale che ritenere l'applicazione diretta della disciplina della vendita nel momento in cui si arresti la disciplina della vendita dei beni di consumo, con la conseguenza che “alla vendita di consumo si applicano, a cascata, le disposizioni generali di cui agli articoli da 1470 a 1499 e le disposizioni generali di cui agli articoli da 1510 a 1519, in quanto non derogate dalla disciplina di cui alla novella”¹⁶.

Proprio al contrario, verificata la concreta varietà tipologica della fattispecie che ha prodotto l'effetto della alienazione del bene di consumo, l'interprete è semmai chiamato a svolgere l'applicazione pura e semplice, che per tale ragione non ha senso chiamare “diretta”¹⁷, delle sole regole del tipo cui è realmente riferibile la singola fattispecie che ha prodotto l'effetto della alienazione del bene di consumo.

Esclusivamente in mancanza di queste, vale a dire nell'ipotesi di lacuna disciplinare, e sempre che sussista quella somiglianza rilevante che giustifica il procedimento analogico, potranno trovare applicazione le regole della vendita di beni mobili e della vendita in generale.

Può forse ritenersi che la più grande novità, atta all'enucleazione della nozione di vendita secondo le norme esaminate, sta proprio nel 1° comma dell'art. 1519-bis cod. civ.

¹⁶ G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 6.

¹⁷ Per l'elaborazione del concetto di applicazione diretta e per la distinzione da quello di applicazione analogica, cfr., in particolare, G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 649 ss.; e in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Profili generali, Padova, 1992, p. 51 ss. (il saggio, integrato e arricchito di nuovi paragrafi, può leggersi ora anche in ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, p. 31 ss.); N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c. c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 559 ss.

È la predetta proposizione normativa, infatti, che consente di affermare come gli articoli 1519-bis ss. cod. civ. introducano una disciplina dall'ambito di applicazione 'più ampio rispetto alla vendita.

Sotto tale profilo, va evidenziata la particolare tecnica di legiferare adottata, individuata nel riferimento operato ad un "gruppo" di contratti¹⁸, proprio perché, quale parametro per l'applicazione della normativa, vengono presi in considerazione più modelli contrattuali.

Per comprendere le ragioni che hanno portato il nostro legislatore a sancire esplicitamente il carattere "transtipico" della disciplina introdotta con il D.Lgs. che ha recepito il contenuto della direttiva, appare, però, opportuno esaminare primariamente quanto stabilito dalla direttiva.

La formulazione del paragrafo 4 dell'art. 1¹⁹ della normativa dettata dalla direttiva pone, infatti, all'attenzione del giurista (italiano) la questione concernente i "tipi" contrattuali cui sia da estendere il provvedimento comunitario.

Per fissare la nozione di vendita, passaggio obbligato appare pertanto l'analisi relativa ai contratti che, oltre alla compravendita ed alle sue varie forme²⁰, sono da ricomprendere sotto la neo sintesi verbale "contratti di vendita".

Innanzitutto, per quanto concerne il contratto d'appalto ed il contratto d'opera [che richiama le norme in materia d'appalto (art. 2222 cod. civ.)], va evidenziato che, se da un lato, l'art. 1, par. 4 espressamente estende l'applicabilità della direttiva ai "contratti di fornitura di beni di consumo da fabbricare o da produrre", dall'altro, apre la questione relativa alla necessità del prevalere dell'obbligazione di dare su quella di *facere*.

Diversamente, bisogna chiedersi se possano - rientrare nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva, anche quelle ipotesi in cui la prestazione di *facere* cui è tenuto il venditore assuma un'importanza preponderante.

Tra l'altro, ispirandosi la direttiva per la maggior parte alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili²¹, diventa, quanto mai utile, raffrontare le

¹⁸ Con riferimento all'ambito di applicazione oggettivo della normativa, si è infatti rilevata l'adozione di "una tecnica di legiferare non per "tipo" ma per "gruppo" di contratti. La legge individua i modelli contrattuali cui la "garanzia europea" si riferisce" (A. Luminoso, *La compravendita*, cit., p. 300).

¹⁹ Tra l'altro, già ai tempi dell'emanazione della proposta modificata di direttiva, era stata sottolineata la "cattiva redazione" dell'art. 1.1 - sostenendo l'utilità di ricomprendere nello stesso paragrafo "tutti gli elementi utili ad individuare la sfera operativa della direttiva" - e quindi "anche il riferimento ai 'Contratti concernenti la consegna di beni di consumo da fabbricare o da produrre'" (L. Delogu, *La proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, in *Contr. impr. Europa*, 1998, p. 1045).

²⁰ Per quanto concerne il contratto di compravendita, sembrano in esso ricomprese sia la vendita ad efficacia reale che obbligatoria (particolarmente, la compravendita di cose generiche) nonché "i contratti di compravendita (con o senza riserva della proprietà) che prevedano un pagamento rateale del prezzo". A tale affermazione sembra peraltro possa giungersi anche se - le ipotesi di compravendita considerate - non compaiono più nella versione finale della direttiva, diversamente da quanto disposto nel considerando n. 5 della Proposta modificata del 1998 (G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 31, nota 16).

disposizioni relative al diritto transnazionale uniforme con il provvedimento comunitario in esame; particolarmente' interessante è quanto dispone l'art. 3 della Convenzione di Vienna²² che è, almeno in parte, pedissequamente riprodotto nella direttiva (cfr., art. 1, par. 4)²³.

Il confronto evidenzia che, pur se l'art. 1, par. 4 della direttiva prende a modello il I comma dell'art. 3 della Convenzione, non pare porre limitazioni di sorta - come invece avviene in quest'ultima - laddove la Convenzione non si applica, qualora il committente fornisca una "parte sostanziale" dei materiali²⁴.

Infatti, anche se la direttiva, all'art. 2, par. 3 esclude trattarsi di un difetto di conformità, nell'ipotesi in cui esso "trova la sua origine in materiali forniti dal consumatore", le opinioni circa la detta previsione sembrano concordare per l'estensione della direttiva, pure nel caso in cui i materiali vengano forniti dal consumatore²⁵.

La maggiore propensione per l'estensibilità della direttiva ai contratti d'appalto è da ricercare nella mancata riproduzione, nel provvedimento comunitario, del 2° comma dell'articolo tre della Convenzione²⁶ che sembra sancire l'esclusione, dal proprio raggio applicativo, di un contratto che presenti una preponderanza dell'obbligazione di *facere* su quella di dare e che preveda obbligazioni accessorie²⁷.

In ogni caso, ritenuta la difficile confutabilità della riconduzione alla nozione di vendita della direttiva in esame del contratto d'appalto (e d'opera), il provvedimento comunitario

²¹ Indicando i criteri direttivi per un'indagine - così densa di insidie - tesa a dare legittimazione anche nel nostro ordinamento ad una figura giuridica nuova e complessa - pur se da tempo diffusasi nei traffici commerciali - quale la "lettera di conferma". F. Addis, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, pp. 64-65, icasticamente afferma che "l'interprete italiano avrebbe un agevole occasione di convincersi dell'importanza di un complessivo riesame dell'intera questione che si riassume nella formula "lettera di conferma" solo che ponesse maggiore attenzione ad uno dei più interessanti e formidabili anelli di congiunzione che lo *ius commune* del futuro ha già predisposto" (p.e., la disciplina della vendita internazionale di cose mobili).

²² L'art. 3 della Convenzione di Vienna così recita: "(1) Si considerano vendite i contratti di fornitura di beni da fabbricare o produrre, a meno che la parte che commissiona i beni non si impegni a fornire una parte sostanziale dei materiali necessari per tale fabbricazione o produzione. (2) La presente convenzione non si applica ai contratti nei quali la parte preponderante delle obbligazioni del contraente che fornisce i beni consiste nella fornitura di mano d'opera o di altri servizi".

²³ Secondo il DE NOVA, L'ambito di applicazione "*ratione materiae*" della Convenzione di Vienna, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 750, "il più grave problema circa la determinazione dell'ambito oggettivo della convenzione è dato dall'ipotesi in cui il contratto abbia oggetto non solo un dare, ma anche un *facere*".

²⁴ Sulla difficoltà di individuare esattamente cosa debba intendersi per "a substantial part", cfr. G. DE NOVA, *Op. ult. cit.*, p. 751 e S. CARBONE-M.L. DE GONZALEO, *Commento all'art. 3, in Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario a cura di C.M. Bianca, cit., p. 8.

²⁵ In tal senso, G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 26, laddove nella nota 29 spiega come, per alcuni, la previsione normativa "costituisce invero un argomento decisivo a favore dell'applicabilità della direttiva anche ai contratti d'appalto "puri", mentre, per altri, rappresenti soltanto una particolare causa di esonero dalla responsabilità che grava sul venditore.

²⁶ Nell'ipotesi in cui si accolga l'opinione (prevalente) che propende per una lettura separata dei due comma di cui si compone l'articolo. (In riferimento alle due "distinte ed assai divergenti letture" dell'art. 3, G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, pp. 750-751).

²⁷ Altra ragione ostativa all'operare del limite della "preponderant part" di cui all'art. 3 secondo comma della normativa sulla vendita internazionale di beni mobili, sarebbe tra l'altro rintracciabile nella previsione della direttiva circa l'integrazione di un difetto di conformità, nel caso di un'imperfetta installazione" del bene di consumo. tipica' prestazione accessoria (secondo l'art. 2, par. 5 direttiva 99/44/CE "Il difetto di conformità che deriva dall'imperfetta installazione del bene di consumo è equiparato al difetto di conformità del bene quando l'installazione fa parte del contratto di vendita del bene ed è stata effettuata dal venditore o sotto la sua responsabilità. Tale disposizione si applica anche nel caso in cui il prodotto, concepito per essere installato dal consumatore, sia installato dal consumatore in modo non corretto a causa di una carenza delle istruzioni di installazione, che richiama, inoltre, la problematica relativa alle prestazioni di *facere* aggiuntive. [Relativamente a tali questioni, G. De CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, pp. 29-3J.. (Per l'A. non rientrerebbe

pare si estenda a comprendere anche la somministrazione: oltre quanto sostenuto sulla normativa della Convenzione di Vienna²⁸, è da segnalare anche il rinvio operato dall'art. 1570 cod. civ., pur in considerazione della problematica relativa all'ampiezza del richiamo suddetto alle norme disciplinanti gli altri tipi contrattuali²⁹.

Per quanto concerne la sussumibilità, anche del contratto di permuta, nella nozione di vendita di cui alla direttiva, essa è legata all'ammissibilità di una prestazione da parte del consumatore che non consista in una somma di denaro³⁰: è comunque da ritenersi pacifica l'estensione della disciplina della vendita al contratto di permuta (per via del disposto dell'art. 1555 c.c.)³¹.

Tali rilievi hanno costituito oggetto di espressa considerazione da parte del legislatore interno, a tal punto da condurre a disporre l'equiparazione dei contratti di vendita a quelli di permuta, di somministrazione, nonché a quelli di appalto e di opera³².

Alquanto problematica si presenta, invece, l'estensione del decreto legislativo n. 24/2002 ai contratti che costituiscono diritti personali di godimento su beni di consumo, in particolare la locazione³³ ed il leasing finanziario³⁴.

nell'applicazione della direttiva, solo l'ipotesi limite in cui oggetto esclusivo del contratto d'appalto risulti essere la prestazione di servizi)].

²⁸ Dall'art. 73 della Convenzione di Vienna, che si occupa del profilo dei rimedi in caso di inadempimento, si deduce che anche quella che per diritto italiano chiameremmo vendita a consegne ripartite rientra nell'ambito di applicazione della convenzione, e', quel che è più, che vi rientra anche quella che per diritto italiano chiameremmo somministrazione" (G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 749).

²⁹ Nuzzo, voce "Somministrazione (contratto di)", in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 1279, ritiene che "Il rinvio operato dall'art. 1570 sembra... limitato alle norme che all'interno di altri tipi contrattuali disciplinano modalità di adempimento delle singole obbligazioni corrispondenti agli elementi variabili della somministrazione, la cui regola non si esaurisce negli artt. 1559 ss. e viene integrata appunto attraverso quel rinvio" [L'A. offre; inoltre, una compiuta e perspicua ricostruzione dello schema contrattuale disegnato dagli articoli 1559 ss. c.c. in quanto, dopo aver messo in luce che per qualificare il contratto di somministrazione vanno tenute distinte le vicende relative alla "fattispecie costitutiva" (nullità, annullamento e tutte quelle che incidono sulla validità ed efficacia del contratto), le vicende che attengono al "rapporto fondamentale" (eventi che incidono sul rapporto nel suo complesso, determinandone la risoluzione - art. 1564 c.c. -) ed infine quelle "relative alle singole obbligazioni che si costituiscono all'interno del rapporto fondamentale senza assumere rilievo tale da ridondare in vicende di quest'ultimo", proprio attraverso il significato da attribuire al 'filtro' normativo di cui all'art. 1570 c.c., rileva - infine - la genesi di "un sistema che trova il suo equilibrio in un ordinato comporsi tra ciò che attiene al contratto, ciò che attiene al rapporto fondamentale, e ciò che attiene alle singole obbligazioni, secondo uno schema all'interno del quale ogni eventuale riflesso delle vicende delle singole prestazioni, regolate dalle norme per queste dettate nei singoli contratti tipici di cui esse sono caratteristiche, sull'intero contratto è necessariamente filtrato attraverso la disciplina propria della somministrazione" (p. 1278 s.)].

³⁰ Non è chiaro, peraltro, se la prestazione del consumatore debba necessariamente consistere in una somma di denaro: chi propende per la risposta affermativa, fa leva sul ricorrere - e nell'art. 3 e nei considerando del termine "prezzo"; al contrario, si sostiene che sarebbe eccessivo non accordare tutela al consumatore che abbia promesso in cambio cose diverse dal denaro, unica conseguenza pratica essendo costituita dall'impossibilità di chiedere la riduzione del prezzo. (Sull'argomento, G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 26 s., il quale rileva come "In ogni caso sembra fuori discussione l'applicabilità della direttiva nella ipotesi in cui il corrispettivo della fornitura consista nella corresponsione di una quantità di cose fungibili diverse dal denaro, nonché nei casi in cui l'oggetto della controprestazione sia misto").

³¹ Anche per quanto concerne la Convenzione di Vienna - così come per la direttiva - è dubbio se la permuta rientri nel suo ambito di applicazione. (Per G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 749, "La circostanza che l'art. 14, comma 1°, richieda che la proposta fissi o determini il prezzo, potrebbe indurre ad escluderlo, ma si potrebbe anche pensare ad un'applicazione della convenzione per le norme compatibili con la circostanza che non si ha un corrispettivo in denaro").

³² Va posto in risalto come nella Relazione che precede il D.Lgs. 24/2/2002 si legge che la disciplina si applica "più in generale a tutti i contratti (anche atipici o misti) finalizzati; secondo' la prescrizione comunitaria, alla fornitura di beni da fabbricare o produrre quando detti contratti abbiano per oggetto beni di consumo".

³³ Per una interessantissima trattazione del contratto di locazione "come prisma per osservare taluni problemi generali del contratto", Confortini, *Problemi generali del contratto attraverso la locazione*, cit. Sul contenuto delle locazioni urbane, si segnala il contributo di Tamponi, *La determinazione dei contenuti contrattuali*, in *Le locazioni urbane*, a cura di Cuffaro, Torino, 59 ss.

³⁴ Quanto al leasing, almeno la tipologia del c.d. leasing traslativo dovrebbe risultare assoggettata alla direttiva e ciò per una duplice considerazione: appare iniquo che l'utilizzatore - consumatore, per il solo fatto che il contratto di compravendita sia stato concluso dal fornitore con il concedente, non possa giovare dei rimedi apprestati dalla direttiva (G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.* p. 32, nota 19); inoltre -sulla base di un ragionamento estensibile anche ad altri contratti - il leasing traslativo può essere ricompreso nella normativa

Al termine di questa breve disamina sui tipi contrattuali sussumibili nell'ambito applicativo della disciplina sulla vendita dei beni di consumo, trova dunque conferma l'assunto di partenza secondo cui la nozione di vendita, ricavabile dalla normativa esaminata, non è più rapportabile alla tradizionale definizione di compravendita, anche se, partendo dall'interpretazione della concreta tipologia contrattuale da cui deriva l'alienazione del bene di consumo³⁵ o dalla nozione di conformità come obbligo di consegnare beni di consumo conformi al contratto³⁶, potrebbe negarsi un tale assunto.

Dal complesso delle disposizioni della normativa sulle garanzie nella vendita dei beni di consumo, emerge una nozione di vendita comprensiva di una pluralità di tipi contrattuali, al punto che si ritiene risulti più consona l'espressione "contratti di vendita"³⁷.

Questa conclusione, del resto, è sancita dal primo comma dell'art. 1519-bis, cod. civ. che individua più contratti tipici³⁸, fra quelli appartenenti all'ambito di applicazione della vendita dei beni di consumo³⁹, a prescindere dal preciso valore da attribuire al criterio contemplato sotto la dicitura "tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre"⁴⁰.

E' infine da operare una precisazione: l'utilizzo del plurale (contratti di vendita) non cela intenti tesi a sovvertire la tradizionale nozione del tipo di contratto notevolmente più diffuso ed adoperato nei rapporti di scambio, ma vuole sottolineare ed evidenziare la nascita di una differente concezione del contratto di compravendita, nella materia concernente le garanzie legali.

L'espressione "contratti di vendita" non sarebbe altro che frutto delle relazioni instauratesi tra il diritto interno e quello europeo, riflettendo la nuova conformazione che viene ad assumere l'istituto della garanzia nella consegna di una prestazione difettosa.

comunitaria in esame poiché, nel nostro ordinamento, è ad esso applicabile analogicamente la disciplina della vendita (L. Delogu, op. cit., 1046, nota 13). Ritieni non applicabile la disciplina uniforme sulla vendita internazionale di beni mobili al contratto di leasing Ferrari, op. cit., 101

³⁵ Addis, *Tradizione e innovazione nella vendita dei beni di consumo: unità e frammentazione nel sistema delle garanzie*, cit., 21.

³⁶ V. BARBA, op. cit., passim.

³⁷ Secondo G. DE CRISTOFARO, op. ult. cit., p. 24, "La direttiva si applica a tutti e soltanto i negozi di scambio che obbligano una parte ("il venditore") a fornire all'altra un bene di consumo verso la prestazione di un corrispettivo".

³⁸ Secondo M. HAZAN, *Attuata la direttiva 99/44/CE: si rafforza la tutela del consumatore*, in *Contratti*, 2002, p. 396, la formula impiegata dall'art. 1519-bis, I comma, cod. civ. "non è esente da censure ed induce a più di qualche dubbio interpretativo. In primo luogo vi è da chiedersi se l'elencazione ivi riportata sia da intendersi o meno tassativa", pur sottolineandosi l'opportunità di propendere per la prima alternativa.

³⁹ G. DE NOVA, *Commento all'art. 1519-bis*, cit., p. 17, afferma che il primo comma dell'articolo, "chiarendo a quali contratti si applichi la novella", sarebbe un'evidente manifestazione della "tecnica di legiferare non per tipo contrattuale, bensì per gruppo di contratti.". Ne *La vendita dei beni di consumo*, Commentario a cura di A. Zaccaria e G. De Cristofaro, Padova, 2002, p. 4, si legge come la norma di cui all'art. 1519-bis, in quanto "tendente a descrivere, piuttosto che a disporre" potrebbe "essere classificata - utilizzando una terminologia oggi abbastanza "di moda" - quale esempio di norma "postmoderna"

⁴⁰ Circa tale formula, M. HAZAN, op. cit., p. 397, afferma come, "Ai fini di un ulteriore allargamento del campo di operatività del decreto avrebbe dovuto soccorrere, nella mente del legislatore, la clausola generale di rinvio posta a chiusura della norma (...), la quale

2. CONCETTO DI CONFORMITÀ

Il lungo e malagevole art. 1519-ter c.c. racchiude, nel suo primo comma, la quinta essenza, se vogliamo, dell'intera disciplina, rispetto alla quale tutte le altre disposizioni, fuorché quella di cui all'art. 1519-quater, assumono un ruolo di mero carattere definitorio⁴¹ e specificativo dell'ambito soggettivo⁴² e oggettivo di applicazione⁴³.

Da un lato l'obbligo del venditore di consegnare al consumatore beni conformi al contratto, dall'altro le conseguenze che derivano dalla violazione del predetto obbligo.

Seguendo, quindi, un processo di estrema semplificazione, con sacrificio di sfumature e toni della disciplina sulla vendita dei beni di consumo, si può affermare che la norma che ne governa l'intero impianto si lascia ricondurre alla seguente: "Se il venditore consegna al compratore un bene non conforme, allora questi ha diritto alla riparazione o sostituzione o riduzione del prezzo o risoluzione del contratto"⁴⁴⁻⁴⁵.

invece non fornisce concreti elementi di aiuto", ponendo tale locuzione "seri problemi di coordinamento con la restante parte della disposizione", al punto che ci si troverebbe "di fronte ad una sostanziale petizione di principio".

⁴¹ G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 66 ss., si mostra molto critico verso la tecnica definitoria del legislatore, motivando il dissenso anche in ragione dell'ovvietà dei sensi che i vocaboli ricevono. Sul punto ci sia consentito osservare che laddove il legislatore definisce, attribuisce alle parole un "significato proprio", che l'interprete non può più disattendere nella interpretazione, sicché la tecnica definitoria può mostrare una qualche utilità. Con le definizioni il legislatore non descrive, ma prescrive, delimitando l'ambito di applicazione della disciplina. Sicché, anche qualora una parola non sia propriamente ridefinita assegnazione ad una parola del linguaggio comune un significato diverso da quello primario) o coniata (inventata ex novo), ma semplicemente definita (con il suo significato primario) essa, comunque, riceve un significato di cui l'interprete non potrà più fare a meno nella applicazione di quella legge (art. 12 disp. leg. gen.). In difetto di definizione, invece, l'estensione di significato è variabile dipendente da altre circostanze (intenzione del legislatore c/o connessione logica). Tornano alla memoria le pagine di A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977.

⁴² La disciplina trova applicazione alle vendite concluse tra professionisti e consumatori. Sulla nozione di consumatore accolta dalla direttiva, si vedano le critiche osservazioni di G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 63 ss., il quale fatica a ritrovare il fondamento che giustifica l'esclusione di questa disciplina a quei compratori che acquistino beni con riguardo alla loro attività professionale o d'impresa (ad es. il produttore di formaggi che acquista un computer per la propria azienda). Resta poi irrisolto, secondo l'A., il problema dei cc.dd. atti misti o relativi a beni di uso promiscuo. A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva*, cit., p. 89 ss., auspica un recepimento in grado di comprendere nella sfera di applicazione della nuova disciplina anche le cc.dd. vendite promiscue e le vendite tra consumatori.

⁴³ G. DE NOVA, *La recezione della Direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 759, evidenzia che gli artt. 2 e 3 della direttiva hanno contenuto precettivo al pari degli altri, sicché coloro che non sono di tale avviso potrebbero essere tacciati - a dire dell'A. - di una lettura superficiale. Per vero, ancorché nel testo abbiamo precisato che gli artt. 2 e 3 della direttiva costituiscono la quinta essenza dell'intervento normativo comunitario, con ciò non abbiamo voluto negare natura precettiva anche alle altre norme, alle quali è affidato l'importante compito di individuazione dell'ambito applicativo. Né varrebbe ad esporci alla critica dell'A. il rilievo che nel testo abbiamo considerato le norme di carattere definitorio. Il carattere definitorio di una norma, infatti, non esclude, e anzi presuppone, la sua natura precettiva. Queste considerazioni, se per un verso crediamo ci possano porre al riparo dalla critica di lettura superficiale, per altro verso ci consentono di chiarire che tutte le norme della direttiva, anche quelle definitorie, hanno carattere precettivo.

⁴⁴ La previsione della pluralità di rimedi esperibili ha indotto la dottrina a valutare il grado di gerarchizzazione di essi e l'alternatività dei medesimi. Sul punto, oltre a rinviare al contributo di L. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 169 ss., si considerino le osservazioni critiche di G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, cit., p. 901 ss., fermate, più sinteticamente, nel più recente contributo ID., *La conformità al contratto tra garanzia e responsabilità*, cit., p. 3, "[...] basti segnalare che l'impostazione sequenziale, fatta propria dalla direttiva, sembra contraddetta, oltre che dalle soluzioni codicistiche, anche da specifiche indicazioni di tendenza ritraibili dalla stessa normativa consumeristica". Mostra riserve verso la gerarchizzazione anche M. BIN, *op. ult. cit.*, p. 407 ss., secondo il quale essa potrebbe risultare uno strumento disutile per il consumatore. In particolare, l'A. - ricollegandosi a una pronuncia della Corte di Appello di Torino del 22.02.2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 2112, con nota adesiva di A. CIATTI, *Azione inibitoria, sostituzione in corso di causa di condizioni generali di contratto abusive ed esclusione della facoltà del compratore di risolvere il contratto di vendita*, osserva che la c.d. gerarchizzazione potrebbe frustrare l'interesse del consumatore a ottenere lo scioglimento del vincolo contrattuale piuttosto che la riparazione o la sostituzione, danneggiando, così, la sua posizione giuridica, che sarebbe deteriore rispetto a quella di un qualunque altro contraente, al quale sarebbe sempre conservata la facoltà di domandare la risoluzione. Adesiva la posizione di R.CALVO, *op. cit.*, p. 469. A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva*, cit., p. 119 ss., pur mostrando di condividere le istanze di quanti hanno fatto presente i rischi e le incoerenze cui darebbe vita una gerarchizzazione dei rimedi di tutela, valuta la possibilità di realizzare una priorità dei rimedi di sostituzione e riparazione, rispetto a quelli di risoluzione e riduzione del prezzo, mediante la previsione di un concorso alternativo tra gli stessi che, pur senza creare una rigida gerarchia, garantisca siffatto risultato. G. BONFANTE-O. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 30 ss., condividono la critica alla previsione di una gerarchia tra i rimedi; sfruttando argomentazioni che pongono in rilievo situazioni di disuguaglianza a danno del consumatore.

Se questa è, dunque, la regola che il legislatore comunitario ha voluto per la tutela del consumatore europeo, il quale acquisti beni di consumo, la nostra indagine, la quale intende porre attenzione alla nozione di conformità, si svolge non già verso una norma, bensì al suo interno e, più precisamente, nella porzione di essa che ne costituisce la protasi, ossia la fattispecie, e cioè quel “Se il venditore consegna al compratore un bene non conforme”⁴⁶.

La questione attraversa il più difficile tema della garanzia per vizi, della mancanza di qualità e dell'*aliud pro alio datum*, ai quali concetti il legislatore del 1942 e la dottrina di quel periodo hanno affidato la soluzione del problema della conformità.

La parola "conforme" non evoca una caratteristica ontologica della cosa, ma un giudizio di relazione che è possibile predicare soltanto in presenza del termine di raffronto e del termine da raffrontare.

Così, un'automobile di un certo tipo non può dirsi conforme tout court. L'espressione sarebbe priva di senso. Piuttosto, è possibile affermare che quell'automobile è conforme rispetto a quell'altra e difforme da un'altra.

E ancora, attingendo a un caso realmente verificatosi, una partita di tondini di acciaio inossidabile può dirsi conforme o difforme soltanto avendo riguardo a un termine di paragone. Un individuo tondino, in sé preso, non è conforme o difforme, è soltanto un tondino con certe caratteristiche. Raffrontato ad altri tondini potrà concludersi nell'uno piuttosto che nell'altro senso. Prima di quel raffronto la conformità è predicato vuoto.

Viceversa, i vizi, così come la mancanza di qualità, sembrerebbero caratteristiche proprie dei beni⁴⁷, la cui esistenza chiede solo di essere accertata e non confrontata⁴⁸.

Così, un tondino in sé preso, qualora, per ipotesi, avesse una filettatura tale da renderlo inidoneo all'uso cui è destinato o che ne diminuisca l'uso stesso, potrebbe certamente dirsi

⁴⁵ A. LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa*, cit., p. 841, osserva il carattere oggettivo di questi rimedi, la cui esperibilità dipende dalla sola non conformità del bene al contratto e prescinde dalla colpa del venditore o dalla diminuzione patrimoniale subita dal compratore. G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, cit., p. 869, pur seguendo una diversa impostazione metodologica, individua la norma fondamentale della disciplina nella stessa maniera.

⁴⁶ Resta fuori dal presente lavoro un'indagine sulla natura (esecuzione; restituzione., risarcimento del danno in forma specifica) di questi rimedi e sulle conseguenze che derivano dalla adozione dell'una piuttosto che dell'altra ricostruzione. Sul punto si rinvia ad A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva*, cit., p. 108 ss.

⁴⁷ Contrario U. GRASSI, *op. cit.*, passim secondo il quale il vizio e la mancanza di qualità esigerebbero, al fine di poter essere accertati, un raffronto, un metro di giudizio con il quale valutare e verificare la difformità della res. Il raffronto, secondo l'idea dell'A., andrebbe operato tra la *res* e la "aspettativa" dell'acquirente.

⁴⁸ Gli autori che cercano di studiare il difetto di conformità, come se questo coincidesse con i vizi, non ne colgono la differenza e ricercano la distinzione altrove. Così C.M. BIANCA, *Consegna di aliud pro alio*, cit., p. 16, afferma che la soluzione brussellese "consente di riconoscere in capo al compratore "i medesimi rimedi a prescindere dal tipo di inesattezza del bene". S. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 624 ss., afferma che non esiste una ragione effettiva che imponga di conservare "un ulteriore strumento di tutela giustificato dalla brevità di quei termini" e che è ingiustificato il comportamento del compratore che trattiene la merce per un certo periodo di tempo e poi pretende di restituirla al compratore, assumendo che la medesima sia viziata c/o difettosa.

viziato. Per predicare l'esistenza di un vizio non si deve confrontare la cosa con altra cosa, ma soltanto osservarla.

Questa considerazione logica, prima ancora che giuridica, apre, forse, una prima breccia per segnare una differenza tra la vecchia e la nuova disciplina⁴⁹. Mentre l'esistenza dei vizi concerne il bene in sé considerato, indipendentemente dal suo raffronto con altri beni, la conformità, viceversa, presuppone, di necessità, l'esistenza del termine con il quale operare il raffronto⁵⁰.

La nozione di vizio è nozione rigida, chiusa in se stessa e nel bene⁵¹. La nozione di conformità, invece, è una nozione elastica e aperta al termine di raffronto. Essa, non dipendendo da caratteristiche proprie del bene, ma dal suo confronto con altro bene dello stesso genere e tipo, non è sempre eguale a se stessa. La conformità è una variabile dipendente del bene con il quale si svolge il paragone. Il giudizio di conformità consente, quindi, di modulare l'interesse del compratore in modo certamente più duttile di quanto

⁴⁹ Come anticipato, la dottrina unanime è nel senso che la nuova figura abbia raccolto tutte quelle precedenti. G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, cit., p. 871., rileva che la nozione di conformità ha assunto, per parte della dottrina, una "valenza quasi liberatoria: la nozione di conformità opera, in questo senso, come criterio valutativo sintetico del risultato traslativo, atto a verificare, nel bene venduto, tanto le eventuali imperfezioni e difetti inerenti il processo produttivo, quanto gli indici di appartenenza alla specie, quanto ancora l'idoneità ad assolvere la propria funzione economico-sociale". M. Bin, *Per un dialogo con il futuro legislatore, dell'attuazione*, cit., p. 405 ss., precisa che, come già era accaduto con la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili la nuova nozione di conformità assorbe tutte le vecchie nozioni di vizi e mancanza di qualità e, addirittura, quella dell'*aliud pro alio*, la quale non sarebbe più legittimata nel nuovo sistema, sicché il mantenere questi particolarismi di disciplina sarebbe una "assurdità" non giustificabile. B. FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, cit., pp. 416 e 422 ss., mentre non dubita, all'esito di una rapida dimostrazione, che la conformità assorba le fattispecie descritte agli art. 1490 e 1497 cod. civ., si sofferma nel dimostrare che la conformità assorbe anche l'*aliud pro alio* datini. C. LEO, in AA.VV., *L'acquisto di beni di consumo*, cit., p. 22, esclude che nel difetto di conformità possa rientrare l'ipotesi dei vizi giuridici. CM. BIANCA, *Consegna di aliud pro alio*, cit., p. 16, rileva che il difetto di conformità raccoglie tutte le varie ipotesi di inesatta esecuzione della vendita da parte dell'alienante nell'unitario schema dell'inadempimento. P. GALLO, *op. cit.*, p. 81. auspicava, prima del recepimento della direttiva, che la figura della conformità assorbisse anche l'*aliud*; una tale soluzione avrebbe potuto garantire non soltanto una uniformazione del diritto dei paesi Europei, ma anche una semplificazione del sistema delle garanzie. G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 66 e spec. p. 75, non crede che la disciplina comunitaria abbia una portata innovativa, in quanto il concetto di conformità, seppur in negativo (vizi e qualità) era già espresso nel nostro codice, sicché la direttiva altro non avrebbe fatto che esprimerlo in positivo. Tuttavia, l'A., che contesta la posizione assunta da Bin, crede che la nozione di conformità non possa comprendere e assorbire anche l'ipotesi dell'*aliud pro alio* datum, la quale continuerebbe a godere di autonomia. A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva*, cit., p. 100 ss., invita l'interprete a una maggiore cautela, avvertendo che la nozione di conformità non tocca tutti gli istituti della garanzia nella vendita disciplinati dal codice, ma soltanto uno di essi, quello della garanzia per vizi e difetti di qualità. Ciò, secondo l'A., comporta una discrasia che non giova la coerenza del sistema della vendita: all'interno dei casi di inattuazioni dell'attribuzione traslativa, talune ipotesi (difetto di conformità) riceverebbero una disciplina diversa da quella predisposta per tutte le altre (es. artt. 1479-1489 cod. civ). Per superare queste difficoltà l'A. reputava opportuno includere nella figura della conformità al contratto tutti i ccAd. vizi materiali, ivi compreso il caso dell'*aliud*, lasciando, invece, fuori i cc.dd. vizi giuridici e le cc.dd., irregolarità giuridiche. Successivamente al recepimento della normativa, conferma la propria opinione in ID., *La compravendita*, cit., pp. 314 e 198, dove indica uno dei tratti caratterizzanti della nuova disciplina proprio nella "unificazione [...] delle varie specie di difetti previsti dal codice civile [...] entro un'unitaria categoria costituita dal difetto di conformità del bene al contratto"; e anche p. 306, in cui si discorre di *reductio ad unum*. F. MACARIO, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 143, ritrova nella nozione di conformità la novità più saliente della disciplina comunitaria, la quale, a dire dell'A., ha determinato una sorta "di eutanasia" anche della fattispecie dell'*aliud pro alio*. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 53 ss., reputa che la nuova disciplina abbia voluto omologare le vecchie figure di vizi e difetti di qualità nella nuova immagine della conformità, che fungerebbe, ora, da unitario fondamento della disciplina. A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 1495. P.V. VECCHI, *op. ult. cit.*, p. 155 s., legge nella nuova disciplina una conferma dell'inattualità delle azioni edilizie. Secondo l'A. nella nuova figura della conformità rientrerebbero non soltanto tutti i vizi materiali della cosa, ivi compreso il caso dell'*aliud* (p. 160), ma anche i casi di irregolarità giuridiche, che non meriterebbero più particolarismi di disciplina (p. 165).

⁵⁰ Non condivisibile, pertanto, la posizione di C. LEO, in AA.VV., *L'acquisto di beni di consumo*, p. 21 s., la quale, pur cogliendo la natura relazionale del giudizio di conformità, finisce con l'appiattare l'ipotesi, assumendo che la nuova figura del difetto di conformità abbia la potenzialità di raccogliere tutti i tradizionali vizi della cosa.

⁵¹ Anche l'accertamento di un vizio in realtà è un giudizio di relazione che però si svolge con l'idea, diremmo - forse con un qualche eccesso epistemologico - platonica, del bene che è in noi. Tuttavia, poiché l'idea è in noi, è giustificabile l'affermazione secondo cui l'accertamento dell'esistenza del vizio non richiede altro dall'osservazione della cosa.

non consenta la disciplina dei vizi redibitori. A seconda del termine che le parti si accordano di utilizzare perché si svolga il giudizio di conformità, lo standard qualitativo che il consumatore può esigere si accresce o diminuisce. Esiste una proporzione diretta tra lo standard di qualità ottenibile dal compratore e le qualità del bene adoperato per il raffronto. Tanto maggiore sarà il livello di qualità del bene di raffronto, tanto maggiore dovrà essere, pena la difformità, la qualità del bene oggetto della vendita.

La conformità, allora, proprio perché consiste in un giudizio di relazione è fuori del bene. Il vizio e la mancanza di qualità, invece, sono dentro il bene. Conformità del bene e vizio, allora, potrebbero voler esprimere concetti diversi, sicché potrebbe darsi il caso di un bene che pur essendo privo di vizi sia nondimeno difforme da quello di cui al contratto e viceversa; anche se con maggior difficoltà logica, potrebbero immaginarsi ipotesi di beni che, pur presentando vizi⁵², siano nondimeno conformi a quelli profilati nel contratto.

La ricerca svolta consente di fissare qualche provvisorio risultato.

La conformità di cui alla disciplina in commento consiste in un giudizio di relazione che si svolge tra bene e contratto. Il primo di questi elementi da raffrontare, il bene che il venditore consegna al compratore, deve essere confrontato con quello profilato nel contratto di vendita ("Il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita" art. 1519-ter, comma 1 cod. civ.). Dacché quest'ultimo è, però, un fatto di linguaggio, si rende necessario ridurre il primo in parole, in modo che i termini risultino omogenei e il confronto possa essere svolto. Il bene trova di fronte a sé parole. Poiché, come è ovvio, le parole non possono essere trasformate in beni, lo svolgimento del giudizio di conformità presuppone la riduzione del bene in parole.

Per stabilire l'esistenza o meno della conformità deve svolgersi un raffronto tra, da una parte, la descrizione del bene consegnato dal venditore al consumatore e, dall'altra, il bene per come sia stato profilato nel contratto. Il giudizio indicato, quindi, si svolge non già tra *res* materiali, bensì tra fatti di linguaggio significanti e rappresentanti *res* anche immateriali.

⁵² Si dia il caso di un bene che presenti un vizio che il compratore conosceva al momento della conclusione del contratto di compravendita. Il bene sarebbe certamente viziato, ma potrebbe, nondimeno, esser conforme a quello profilato nel contratto, e anzi, lo stesso compratore potrebbe essersi determinato pur nella consapevolezza dell'esistenza del vizio. E ancora, forse con maggiore persuasività rispetto all'esempio precedente - esempio che, in ragione della norma posta dall'art. 1491 cod. civ., potrebbe indurre a pensare che il bene non sia viziato, visto che quel vizio in quanto conosciuto non determina alcuna garanzia - si dia l'acquisto di un bene che presenti vizi, i quali, pur determinando una considerevole diminuzione del valore di quel bene, sia nondimeno conforme a quello profilato nel contratto.

Così, dato un contratto di compravendita intercorso tra Tizio e Caio relativamente a “n. 1000 tondini di acciaio inossidabile con filettatura XY e con diametro Z”⁵³, per stabilire se vi sia la conformità è necessario che Tizio abbia adempiuto l'obbligo di consegna del bene, che i beni effettivamente consegnati vengano verbalizzati e che tale risultato sia confrontato con il bene per come le parti lo hanno profilato nel contratto.

Volgendo un processo di estrema semplificazione, una volta che Tizio abbia provveduto a consegnare i tondini a Caio, dovrà compiersi quel processo di verbalizzazione, all'esito del quale si potrà affermare che Tizio ha concretamente consegnato a Caio “n. 1000 tondini di acciaio inossidabile con filettatura XY e con diametro Z”, oppure “n. 1000 tondini di acciaio con filettatura X.Y e con diametro Z” oppure “n. 1000 tondini di acciaio inossidabile con filettatura M e con diametro Z”, oppure “n. 1000 tondini di acciaio inossidabile con filettatura XY e con diametro Q” oppure “n. 999 tondini di acciaio inossidabile con filettatura XY e con diametro Z” e così via.

Il risultato ottenuto dovrà, quindi, porsi a raffronto con il bene così come profilato nel contratto. Solo allora potrà concludersi se vi sia o meno conformità.

Nel nostro caso, per restare nell'angustia dell'esempio svolto, solo nella prima ipotesi potrà dirsi esservi conformità; non nelle altre. E, infatti, qualora, ad esempio, si accertasse che Tizio abbia consegnato a Caio “n. 1000 tondini di acciaio inossidabile con filettatura M e con diametro Z”, pur essendo indubbio che i tondini consegnati non sono né viziati, né privi di qualità, certamente dovrebbero dirsi difformi rispetto a quelli profilati nel contratto. La filettatura Z, rispetto a quella XY non rende il tondino più o meno idoneo o viziato, ma semplicemente diverso (*rectius*: difforme) da quello che le parti hanno pattuito nel contratto.

Il giudizio di conformità, quindi, non riguarda l'oggetto del contratto o lo riguarda solo in parte.

Quest'ultima affermazione richiede alcune precisazioni, che debbono prendere le mosse dalla nozione di oggetto del contratto. Come è noto le posizioni dottrinali in tema si lasciano fondamentalmente raccogliere sotto due atteggiamenti. Da un lato, quello che tende a far coincidere l'oggetto del contratto con il bene materiale⁵⁴, dall'altro, quello

⁵³ Nel senso che costituisce difetto di conformità anche la deficienza quantitativa del bene, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 131 s. Non sembra contrario neppure A. ZACCARIA, *op. ult. cit.* p. 1496.

⁵⁴ G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in *Jus*, 1953, p. ss.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, passim; F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 365 ss.; ID., *L'interpretazione del contratto*, Bologna, 1992; CANNATA, *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979 p. 8 ss.; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993.

secondo cui l'oggetto non sarebbe altro dal contenuto del contratto stesso⁵⁵. Resta, poi, una certa soluzione di compromesso secondo cui sarebbe opportuno distinguere tra oggetto diretto (contenuto) e indiretto (bene materiale)⁵⁶.

Ora, sia che si voglia aderire all'una che all'altra posizione, il giudizio di conformità non riguarderebbe, comunque, l'oggetto del contratto: non nel primo caso, perché altro è la *res* altro la sua descrizione; non nel secondo caso perché altro è il contenuto del contratto, altro la sola descrizione della *res* concretamente venduta.

Il giudizio di conformità presuppone l'esistenza della *res*, ma non si svolge su di essa (si svolge - ripetiamo - sulla sua verbalizzazione).

Ciò che potrebbe rilevare - ai fini della conformità - è il contenuto del contratto, il quale, tuttavia, rileverebbe solo parzialmente. Non tutto il contenuto del contratto è necessario e sufficiente per svolgere il giudizio di conformità, bensì solo quella parte di esso nella quale sia stato profilato il bene destinato a ricevere il mutamento della situazione giuridica soggettiva.

Il giudizio di conformità, pertanto, tocca e interseca il tema dell'oggetto, ma con esso, indipendentemente dalla concezione che si voglia preferire, non coincide.

Capitolo secondo

L'indagine sulla conformità e le presunzioni. Il momento del passaggio del rischio

3. L'ACCERTAMENTO DELLA CONFORMITÀ

Nel corso dell'indagine appena compiuta abbiamo posto l'attenzione sui termini tra i quali deve svolgersi il confronto al fine di determinare se i beni consegnati al consumatore siano o meno conformi. All'esito della nostra analisi abbiamo concluso che la conformità esprime un giudizio di relazione corrente tra fatti di puro linguaggio.

Si tratta, adesso, di stabilire secondo quali regole debba essere svolto il predetto giudizio, ossia di stabilire quando, confrontati i due termini (rappresentazione verbale del bene concretamente consegnato e testo del contratto), si possa concludere per la conformità o

⁵⁵ N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Nss dig. it.*, Torino, 1963, XI, p. 798 ss., e ivi ampia bibliografia.

⁵⁶ Si rinvia, anche per l'analisi dettagliata e per i riferimenti bibliografici, a G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1995, p. 170 ss. e a G. ALPA, *Oggetto e contenuto*, in G. ALPA, U. BRECCIA, A. LISERRE, *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, p. 335 ss.

meno. Si tratta cioè di indicare quale debba essere il metodo del confronto e il contenuto del giudizio.

Avvertiamo subito che la nozione di conformità non viene affidata alla esperienza o alla scienza privata dell'interprete, bensì viene regolata, assai minuziosamente, dal legislatore, il quale prescrive, proprio all'art. 1519-ter cod. civ., molteplici regole volte a fissare questo contenuto.

L'indagine sul contenuto del giudizio si muove sempre all'interno della fattispecie della norma nella quale abbiamo racchiuso il senso dell'intervento normativo (riassumibile nel principio: se il venditore consegna al compratore un bene non conforme, allora questi ha diritto ai rimedi), trattandosi, appunto, di definire il significato di un elemento specifico della fattispecie. Non esiste, né potrebbe esistere, secondo la prospettiva metodologica prescelta, una norma che avesse come effetto la conformità, ossia una norma del tipo "Se il bene è in questo e quel modo, allora è conforme"⁵⁷. La conformità non può essere mai una posizione giuridica soggettiva. Essa è una mera tecnica del linguaggio oggetto, la quale svolge una funzione riassuntiva e sintetica della fattispecie.

L'indagine sul contenuto del giudizio di conformità lascia intendere, sin dalla prima lettura della regola posta all'art. 1519-ter c.c., che esso sia stato consegnato alla tecnica della presunzione⁵⁸. L'*incipit* del secondo comma della citata regola, il quale recita "si presume che ...", non sembrerebbe lasciare spazio a dubbi.

Resta, però, da chiarire, e ciò ci ripromettiamo di fare nelle pagine che seguono, se davvero il legislatore abbia inteso di riportarsi al meccanismo tecnico della presunzione, e, in caso positivo, a quale presunzione abbia inteso richiamarsi.

⁵⁷ Naturalmente, si potrebbe - secondo una consueta tecnica - immaginare che l'art. 1519-ter cod. civ. contenga un'autonoma norma, ossia una norma il cui effetto sia proprio la attribuzione del carattere di conformità, ossia una norma del tipo "Se ricorre il fatto A, B, C, allora il bene è conforme". Ciò presuppone, però, il riconoscimento della "qualità" siccome autonoma posizione giuridica soggettiva. Sul punto le osservazioni di N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, p. 25 ss. e pp. 47-48, il quale efficacemente spiega come tale percorso può giustificarsi solo in forza di un vizio di psicologismo e non coglie, invece, la vera intenzione del legislatore, di semplificare il suo linguaggio mediante tecniche definitorie. La qualità non è una situazione giuridica soggettiva, e non si trova mai nella apodosi della norma. Se vi si trova, è soltanto per comodità di esposizione e con significato esemplificativo del meta linguaggio. La qualità, come lo status, risponde ad una esigenza di economia linguistica e non può essere configurata quale autonoma situazione giuridica soggettiva. Essa, infatti, non è altro da un mero simbolo linguistico riassuntivo "di elementi di fattispecie", in quanto "azioni, cose, soggetti, assumono, dunque, rilevanza giuridica come parti di fattispecie, e non già per qualifiche che siano ad essi ricollegate da apposite norme".

⁵⁸ Con riguardo al testo della direttiva; G. DE NOVA, *La recezione della Direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 767, osservava come fosse inutile di interrogarsi "sulla natura delle presunzioni di conformità del bene al contratto (presunzioni in senso tecnico? norme integrative?)", reputando, invece, indispensabile, di là dai dogmi, "cogliere la ripartizione dell'onere della prova e' il passibile contenuto della prova contraria". Sul punto ci sia consentito per un verso di avvisare che adesso - intervenuto il recepimento della direttiva - quel problema allora "inutile" si palesa in tutta la sua importanza. Per altro verso, si osservi come lo stesso A., pur denunciando la inutilità di imbattersi nel problema dommatico relativo alla natura delle presunzioni, finisce con il porsi il problema quando denuncia l'utilità di cogliere la ripartizione dell'onere della prova. Questa domanda, infatti può ricevere una consapevole risposta solo quando si sia risolto il problema relativo alla natura di quelle norme, essendo la ripartizione dell'onere della prova e la possibilità di ammettere prova contraria il corollario della qualifica di quelle regole siccome presunzioni legali assolute o presunzioni legali relative. La conclusione dell'A. è nel senso che si tratti di presunzioni relative e ciò si coglie proprio quando, nel sintetizzare il proprio pensiero, osserva che la direttiva contiene due norme: quella che consente al consumatore di affermare che il bene non è conforme, deducendo una

Prima di poter svolgere le considerazioni sulla natura delle presunzioni di cui all'art. 1519-ter c.c. è necessario risolvere talune questioni preliminari legate alle formule linguistiche usate, non senza originalità, dalla legge italiana. Il legislatore, infatti, espressamente stabilisce che per presumere la conformità del bene è necessaria la “coesistenza”, “ove pertinenti”, delle circostanze indicate sub lett. a), b), c), d).

Due, quindi, i nodi preliminari: la coesistenza e la pertinenza.

Il legislatore nazionale, diversamente da quello europeo, risolve positivamente il problema della coesistenza degli indici di conformità. Infatti, mentre il legislatore comunitario non si era spinto in alcuna valutazione al riguardo (la direttiva all'art. 2, comma 2, così recitava: “Si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se ...”), il Legislatore italiano, invece, ha risolto la questione con una soluzione di segno affermativo.

Solamente la ricorrenza di tutte le menzionate circostanze determina la giuridica conformità del bene (il testo della legge richiede “la coesistenza delle circostanze”).

Rimane, tuttavia, di coniugare la “coesistenza” e la “pertinenza”. Tale coniugazione impone, in via preliminare, di spiegare quale significato debba assegnarsi alla formula verbale “ove pertinenti”. La locuzione, che per posizione sintattica potrebbe alternativamente riferirsi tanto ai beni quanto alle presunzioni, sembra che debba essere riferita proprio alle seconde, altrimenti essendo priva di un qualsiasi significato plausibile.

Essa espressione appartiene all'estro e al gusto del legislatore municipale, che, sia nel testo del primo disegno di legge (quello che prevedeva l'emanazione di un autonomo decreto legislativo) sia nel secondo e definitivo (quello che prevede la novella del codice civile), ne ha posto un espresso inserimento⁵⁹.

Tuttavia, questa formula non si lascia apprezzare né per chiarezza né per rigore.

Il vocabolo “pertinente” reclama, infatti, la indicazione non solo della cosa sulla quale deve svolgersi il giudizio di pertinenza, ma anche della cosa verso la quale tale giudizio deve essere compiuto.

Nel caso della disciplina in commento, il giudizio di pertinenza deve svolgersi tra il bene oggetto della vendita e le singole circostanze elencate alle lettere a), b), c), e d).

Sicché, al fine di stabilire se il bene di consumo sia conforme al contratto deve aversi riguardo alla “co-esistenza” delle circostanze “pertinenti”.

delle circostanze prescritte nell'art. 2 e quella che consente al venditore di opporre che il consumatore sapeva o doveva sapere che i materiali forniti dal consumatore “sono la causa di ogni male”.

⁵⁹ Il legislatore comunitario si era affidato, nell'esprimere questo concetto, al considerando n. 8, là dove precisava “se le circostanze del caso rendono un particolare elemento palesemente inappropriato restano tuttavia applicabili i restanti elementi della presunzione”.

Prescindendo per un momento dal problema - sul quale subito ci ripromettiamo di tornare - circa la possibilità di predicare l'attributo della conformità anche a beni che non rispondano a tutte le menzionate circostanze, resta da chiarire il rapporto tra coesistenza e pertinenza. Quest'ultima sembrerebbe essere una sorta di limite della prima, nel senso che funge da canone selettivo di individuazione delle circostanze rilevanti.

Le circostanze non pertinenti al bene di consumo, ossia quelle che per ragioni connesse alla natura di esse o alle caratteristiche particolari o alle modalità della vendita o altrimenti, non sono rilevanti, e di queste non deve tenersi conto, al fine di valutare la conformità del bene al contratto. Perché un bene sia conforme, allora, dovrebbero ricorrere non già tutte le circostanze *tout court*, ma tutte quelle pertinenti.

Tocca esaminare nello specifico quali sono le circostanze che secondo l'art. 1519-ter devono coesistere.

3.1 - L'idoneità all'uso *ex art. 1519 ter 2° comma lett. a*

La lettera a) della disposizione in esame, prevedendo che la cosa consegnata all'acquirente sia idonea all'uso al quale abitualmente servono beni dello stesso tipo, sembra riallacciarsi ad una regola già prevista in pressoché tutti gli ordinamenti nazionali: quella del parametro dell'uso abituale del bene⁶⁰. L'adozione di un simile criterio pone dei problemi interpretativi rispetto al parametro individuato dalla lettera c) dell'art. 1519-ter, 2° comma c.c. ossia quello della "qualità abituale"; tale presunzione sembra, infatti, riferirsi alla sussistenza di quelle caratteristiche che consentano un uso "normale" del bene, l'uso al quale beni dello stesso tipo sono di regola destinati. Le categorie che vengono in gioco nel valutare l'abitudine di un determinato bene sono, dunque, essenzialmente merceologiche e tendono a verificare che la merce possieda un livello qualitativo che consenta almeno l'uso minimo previsto dal produttore. Alla luce dei criteri interpretativi proposti si pone la questione se l'inidoneità del bene all'uso abituale debba essere totale o anche solo parziale per comportare la non conformità del bene a quanto previsto in contratto. Se il criterio per determinare la conformità è quello della rispondenza della merce ai criteri posti in sede di contrattazione, la soluzione non può che essere quella di orientarsi sul dare rilevanza, ai fini del difetto di conformità, anche alla semplice diminuzione della qualità abituale del

⁶⁰ Nel nostro ordinamento un analogo principio è previsto all'art. 1178 c.c. in tema di adempimento di obbligazioni aventi ad oggetto cose determinate solo nel genere, secondo il quale il venditore ha l'obbligo di fornire beni che non siano inferiori

bene che escluda pure il conseguimento dei risultati minimi e abituali che si conseguirebbero mediante l'uso di cose della stessa categoria merceologica del bene oggetto del contratto.

4.2 - La conformità alla descrizione fatta dal venditore e le qualità presentate (art. 1519-ter 2° comma lett. b)

La lettera b) dell'articolo in commento presenta, forse più degli altri criteri presuntivi, rilevanti problemi di interpretazione⁶¹.

La formulazione della norma che prevede, ai fini della verifica di conformità, sia la rispondenza del bene di consumo alla descrizione fattane dal venditore, sia la sua conformità alle qualità del modello presentato, risulta ambigua in quanto non è chiaro il rapporto che deve sussistere tra i due criteri richiamati.

Alcuni commentatori⁶² hanno osservato che la formula dovrebbe essere intesa nel senso che essa si riferisce soltanto alla vendita su campione in base a quanto previsto dall'art. 1522 c.c.⁶³; se si seguisse tale interpretazione si dovrebbe negare, dunque, qualsiasi rilevanza alla descrizione del bene fatta dal professionista e si dovrebbe escludere che le qualità del, modello esaminato dal consumatore possano rappresentare un criterio ulteriore di valutazione della conformità del bene, conferendo alla norma in questione un ambito applicativo assai limitato.

Sembra, pertanto, opportuno aderire all'interpretazione che di questa norma hanno dato alcuni commentatori⁶⁴ secondo la quale i due criteri fissati alla lettera b) devono considerarsi alternativi; qualora, infatti, il venditore non abbia mostrato un modello cui il consumatore possa riferirsi per valutare lo standard qualitativo che il bene deve presentare, si deve attribuire rilevanza anche alla sola descrizione fatta del bene stesso.

Occorre precisare a tale proposito che la nuova normativa sposta l'attenzione, oltre che sul contenuto contrattuale, anche sulla fase delle trattative quale momento in cui il venditore deve fornire all'acquirente tutte le informazioni necessarie per l'acquisto.

alla qualità media di prodotti dello stesso tipo. In tema: G. CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., pp. 114-115.

⁶¹ Occorre rilevare che tali incertezze interpretative erano state rilevate da alcuni autori già nel testo della direttiva 1999/44/CE, che il decreto legislativo riproduce pedissequamente. In tal senso: G. DE CRISTOFARO, *Difetto*, cit., p. 80 ss.

⁶² Cfr. tra gli altri: G. DE CRISTOFARO, *Difetto*, cit.; p. 80; A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *La vendita*, cit., p. 47.

⁶³ Si pensi alle vendite che hanno luogo nei locali commerciali del professionista (negozi, supermercati) presso i quali il consumatore viene sicuramente in contatto con un modello o con un campione del bene di consumo.

⁶⁴ Cfr. A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 47 ss.; C. LEO, *sub art. 1519-ter*, in *L'acquisto di beni di consumo*, cit., p. 30.

Alla luce di tali considerazioni le informazioni rese dal venditore devono presentare un sufficiente carattere di precisione, chiarezza ed univocità, riferendosi anche a specifiche qualità del bene in base alle quali verrà valutata la conformità della merce rispetto a quanto promesso.

3.3.1 - Le qualità aspettate e le dichiarazioni pubbliche (art. 1519-ter 2° comma lett. c c.c.)

La lett. c) dall'art. 1519-ter 2° comma è destinata a trovare applicazione allo scopo di individuare il livello di qualità (e di prestazioni) del bene che, sulla base della sua presentazione e commercializzazione, risulta contrattualmente dovuto.

Invero, in virtù della regola stabilita, il concetto di qualità, di per sé, non appare molto più ampio rispetto a quello codicistico, ma decisamente più chiaro è ora il criterio per stabilire quale qualità il bene deve presentare per essere considerato conforme al contratto, così come più ampia risulta la tutela del consumatore in caso di difetto di conformità. Ciò appare evidente non tanto con riferimento alla prima parte della disposizione la quale, sancendo il criterio della qualità e delle prestazioni "abituali di un bene dello stesso tipo", è espressione di una regola già contemplata dall'art. 1178 c.c., dettato in tema di adempimento di obbligazioni generiche, quanto soprattutto nella sua seconda parte, che sancisce una regola di conformità fondata sulle "ragionevoli aspettative del consumatore" - e che sembra maggiormente avvicinarsi alla definizione di *customer satisfaction* quale parametro per misurare, appunto, il livello di qualità dovuto e, quindi, per determinare il contenuto dell'impegno contrattuale del venditore.

E tuttavia, prima di esaminare nel dettaglio tanto la prima quanto la seconda parte della disposizione, deve rimproverarsi al legislatore dell'attuazione di non aver saputo ovviare ad una grave incongruenza logica riscontrabile nella sua formulazione, già peraltro opportunamente (ma inutilmente!) segnalata⁶⁵ con riferimento alla versione italiana e francese della corrispondente disposizione contenuta nella direttiva, la cui mera riproduzione letterale nel decreto ne potrà notevolmente limitare la portata applicativa (ed innovativa), conducendo a risultati inaccettabili.

⁶⁵ Il problema della formulazione della disposizione di cui alla lett. d), art. 2, 2, della direttiva, è messo in rilievo da G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 109 ss.11

Nella versione italiana⁶⁶ e nella analoga versione francese del testo⁶⁷, infatti, a differenza di quella inglese⁶⁸ e tedesca⁶⁹, “la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo” non sono fatte oggetto di una considerazione separata ed autonoma rispetto alla qualità e alle prestazioni “che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi”. Ne consegue che, ai fini dell'operatività della presunzione, siffatta formulazione sembrerebbe richiedere la sussistenza congiunta dei due presupposti: non solo che il bene presenti “la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo”, ma altresì che il consumatore possa “ragionevolmente aspettarsi” di ritrovare, in quel bene, quella qualità e quelle prestazioni abituali⁷⁰.

Invero, appare evidente che qualora il criterio delle “ragionevoli aspettative” venga inteso come filtro per l'individuazione della qualità e delle prestazioni “abituali”, la sua introduzione sarebbe del tutto inutile, oltre che insensata: inutile, in quanto risulta ovvio che il consumatore possa ben attendersi il livello di qualità e di prestazioni abitualmente presenti in beni dello stesso tipo. Insensata, in quanto non si comprende in quale modo potrebbero essere applicati anche al criterio della qualità e delle prestazioni abitualmente presenti in un bene dello stesso tipo - che è un dato di carattere oggettivo, riscontrabile sulla base di un esame delle caratteristiche dei beni che fanno parte della stessa categoria merceologica - i parametri della “natura del prodotto” e delle “dichiarazioni pubbliche” - che appaiono invece entrambi volti ad individuare qualità e prestazioni peculiari ed esclusive di un singolo prodotto - in base ai quali il criterio delle “ragionevoli aspettative” deve essere concretizzato⁷¹. In particolare, è appena il caso di notare che le “dichiarazioni pubbliche” non ricadono certo su qualità e prestazioni normalmente presenti in altri prodotti dello stesso tipo, ma, al contrario, sono logicamente volte ad evidenziare elementi non abitualmente presenti in beni “dello stesso

⁶⁶ “Si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura, del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte ai riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura”.

⁶⁷ “Le bien de consommation est présumé conforme au contrat s'il présente la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur; - les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage”.

⁶⁸ “Consumer goods are presumed to be in conformity with the contract if they show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect, given the nature of the goods and taking into account any public statements on the specific characteristics of the goods made about them by the seller; the producer or his representative, particularly in advertising or on labelling”.

⁶⁹ “Es wird vermutet, daß Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, wenn sie eine Qualität und Leistungen aufweisen, die bei Gütern der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, wenn die Beschaffenheit des Gutes und gegebenenfalls die insbesondere in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Ausserungen des Verkäufers, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften des Gutes in Betracht gezogen werden”.

⁷⁰ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 111.

tipo", proprio al fine di caratterizzarlo e di distinguerlo da altri prodotti (dello stesso tipo) offerti sul mercato. Molto più aderente alla *ratio* consumeristica della direttiva risulta quindi la lettura offerta dalla versione inglese e tedesca, in base alla quale è sicuramente ravvisabile nel legislatore comunitario la volontà di dettare due regole nettamente distinte e, se pur entrambe finalizzate a determinare il livello di qualità e di prestazioni contrattualmente dovuto, distintamente destinate ad operare⁷².

In base alla prima regola il bene si presume conforme al contratto se possiede il livello di qualità e di prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo. In base alla seconda, invece, il bene si presume conforme al contratto se presenta il livello di qualità e di prestazioni che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, e ciò indipendentemente dal fatto che quel livello di qualità e di prestazioni siano abitualmente presenti in beni dello stesso tipo.

Del resto, il fatto che la regola che misura il livello di qualità e di prestazioni in base al criterio delle "ragionevoli aspettative del consumatore" sia svincolata da quella che si fonda su qualità e prestazioni. Abitualmente presenti "in beni dello stesso tipo" risulta decisamente più coerente anche con l'*iter* di formazione della disposizione, dal momento che il criterio delle "aspettative del consumatore" già compariva nella Proposta modificata della Commissione, mentre, al contrario, in nessuna delle due Proposte della Commissione, né nell'emendamento approvato dal Parlamento europeo, si era mai fatto riferimento al criterio dei "beni dello stesso tipo".

Non resta quindi che auspicare che nella nostra prassi giurisprudenziale venga privilegiata quest'ultima lettura della disposizione, la quale, sebbene meno aderente alla sua formulazione letterale, è senza alcun dubbio la più logica e la più idonea a realizzare quell'elevato livello di protezione dei consumatori che tanto solennemente si è dichiarata di voler conseguire.

3.3.2 segue: il criterio della qualità e delle prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo. La possibile rilevanza del prezzo

⁷¹ Cfr. sul punto G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 112, il quale osserva che dalla "natura del prodotto" e dalle "dichiarazioni pubbliche" assai difficilmente possono ricavarsi utili indicazioni in merito alle qualità che caratterizzano abitualmente beni dello stesso tipo.

⁷² Così ancora G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 113, che sottolinea che due sono le regole che in materia di qualità e prestazioni abituali del bene di consumo il legislatore ha inteso dettare. In senso conforme cfr. anche P.M. Vecchi, sub art. 151.9-ter, 2° comma, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., pp. 191-194.

Come si é visto, la regola di conformità di cui alla lett. c) dell'art. 1519-ter, 2° comma, c.c., esattamente come le altre tre regole di cui al medesimo comma, riproduce pedissequamente il testo della direttiva 99/44/CE.

Ciò posto, viene spontaneo chiedersi per quale motivo il legislatore dell'attuazione, se ha voluto riprodurre testualmente la medesima formulazione di ogni singola presunzione elencata nella direttiva, ne abbia invece invertito l'ordine. In ogni caso non v'è dubbio che la sequenza alfabetica in cui appaiono i quattro requisiti di cui al 2° comma dell'art. 1519-ter non significa affatto che essi debbano operare alternativamente, né per la direttiva (il *considerando* n. 8 afferma la cumulatività degli elementi menzionati nella presunzione), né tanto meno per decreto di attuazione (che, per l'operatività della presunzione di conformità, richiede espressamente la coesistenza delle circostanze di seguito elencate)⁷³.

In realtà l'interrogativo che ci si pone riguarda solo una questione di coerenza logica, visto che la prima regola posta dalla disposizione di cui alla lett. c) [ma lett. d) nella direttiva], considerando ai fini della presunzione di conformità "la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo", risulta collegata, completandola, a quella di cui alla lett. a) [ma lett. c) della direttiva], la quale richiede che i beni siano "idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo"⁷⁴. La non agevole individuazione della differenza tra le due categorie sembra far riaffiorare le antiche difficoltà interpretative che hanno caratterizzato la distinzione tra vizi e mancanza di qualità: si osserva⁷⁵, infatti, che le caratteristiche dovute affinché il bene sia idoneo "all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo" dovrebbero essere soltanto quelle caratteristiche strutturali e funzionali che il bene deve necessariamente possedere per poter essere adibito all'uso "normale", e la cui mancanza precluderebbe al consumatore la possibilità di utilizzarlo per gli scopi cui normalmente servono beni dello stesso tipo. Diversamente, andrebbero considerate "qualità e prestazioni abituali" tutte quelle caratteristiche che, pur non essendo strettamente indispensabili affinché il bene possa servire all'uso "normale", incidono

⁷³ È comunque il caso di notare che se in linea di principio le quattro regole operano cumulativamente, ben potrebbero in pratica non ricorrere tutte insieme, perché ad esempio non è stato richiesto alcun uso speciale o perché non stato presentato alcun campione né modello o, ancora, perché non è stata resa alcuna dichiarazione pubblica sulle caratteristiche specifiche del bene che possa fondare le ragionevoli aspettative del consumatore.

⁷⁴ Cfr. sul punto G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., pp. 114-115. In effetti entrambe le disposizioni contengono parametri di riferimento esterni al regolamento contrattuale e perciò rispondenti ad una logica oggettiva, mentre le altre due disposizioni [lett. a) e b) della direttiva, ma b) e d) dell'art. 1519-ter, 2° comma] sono chiaramente espressione di un criterio soggettivo.

⁷⁵ G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 95 e p. 107.

tuttavia sul livello di qualità e sul tipo di prestazioni normalmente riscontrabili nei beni appartenenti alla medesima categoria merceologica.

Ma in ogni caso sia il criterio dell'uso abituale", sia quello della "qualità e prestazioni abituali" corrispondono entrambi al principio, dettato dall'art. 1178 c.c. in tema di adempimento di obbligazioni aventi ad oggetto cose determinate soltanto nel genere, secondo cui il venditore, in assenza di specifiche indicazioni contrattuali, è obbligato a fornire cose di qualità non inferiore alla media⁷⁶.

E tuttavia anche in questa parte della disposizione è riscontrabile un rilevante profilo di novità: tale principio, infatti, assume ora un carattere imperativo, stante la inderogabilità in *peius* di tutte le regole presuntive stabilite dall'art. 1519-ter espressamente sancita dall'art. 1519-octies (art. 7 della direttiva)⁷⁷.

Occorre inoltre precisare che l'aggettivo "abituale" deve con certezza essere riferito non solo alle "prestazioni", ma anche alla "qualità": ciò, infatti, risulta in modo inequivocabile dalla citata versione inglese del testo di cui alla lett. c), art. 2, 5 2, della direttiva, che testualmente considera "the quality and performance which are normal in goods of the same type"⁷⁸.

La prima regola posta dalla disposizione in commento prescrive dunque che il bene di consumo, per essere considerato conforme al contratto, deve possedere il livello di "qualità" abitualmente presente in beni dello stesso tipo, nonché essere capace di "prestazioni" dello stesso livello di quelle abitualmente fornite da beni dello stesso tipo. Ai fini dell'individuazione e della delimitazione della categoria merceologica di appartenenza del bene venduto, vi sono discordanti opinioni riguardo al criterio che, in relazione alla regola della qualità media, si fonda sul prezzo.

Vi è, infatti, chi ritiene che per la precisa determinazione qualitativa della cosa non si possa assolutamente prescindere dal valore di mercato del bene stesso, con la conseguenza che le caratteristiche qualitative del bene di consumo devono essere paragonate soltanto con quei beni che, dotati delle medesime caratteristiche tipologiche, vengono altresì offerti ad un prezzo identico o che, comunque, rientrano nella medesima fascia di prezzo⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. ancora G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., pp. 114-115.

⁷⁷ Sull'inderogabilità dell'art. 1519-ter, 2° comma, vedi tuttavia la critica di V. MARICONDA, *Conformità al contratto dei beni di consumo e onere della prova*, cit., p. 1108.

⁷⁸ L'osservazione è sempre di G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 111, nota 91.

⁷⁹ Cfr. in tal senso già R. LUZZATTO, *La compravendita*, ediz. postuma a cura di G. Persico, Torino, 1961, p. 84 e, con riferimento alle disposizioni della direttiva, W. LEHR e H. WENDEL, *Die Eu-Richtlinie über Verbrauchsgüterkauf und -garantien*, in *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 1999, p. 323

Altri, invece, ritengono che la richiesta di un prezzo maggiore o minore non possa automaticamente comportare un riferimento a beni di qualità superiore ovvero inferiore, dovendo la questione essere risolta caso per caso sulla base dell'interpretazione dell'intento negoziale nel caso specifico⁸⁰.

In ogni caso non sembra contestabile che il prezzo del bene di consumo possa senz'altro offrire un importante indizio da cui poter desumere la categoria merceologica di appartenenza al fine di determinare la qualità contrattualmente dovuta. In particolare, si afferma concordemente che la connessione fra determinazione qualitativa e prezzo deve senz'altro riconoscersi quando il corrispettivo in concreto richiesto dal venditore e versato dal consumatore corrisponde ad uno dei prezzi abitualmente praticati in relazione ad una certa qualità di merce⁸¹.

3.3.3 segue: il criterio della qualità e delle prestazioni che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi

La seconda regola posta dalla disposizione in commento presenta alcuni dei punti maggiormente qualificanti ed innovativi dell'intera nuova disciplina.

Essa fonda una presunzione di conformità del bene al contratto nel caso in cui lo stesso presenta la qualità e le prestazioni che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi e ciò, come si è precisato, a prescindere dal fatto che tale qualità e tali prestazioni siano abitualmente presenti in beni dello stesso tipo. Se, infatti, il consumatore (da intendersi come "categoria di acquirenti") può ragionevolmente aspettarsi che un bene di consumo presenti un certo livello di qualità e prestazioni, tale livello è perciò contrattualmente dovuto anche se solo eccezionalmente esso risulta riscontrabile in beni dello stesso tipo.

In base a questa presunzione, pertanto, è considerato conforme al contratto il bene di consumo che presenti, oltre alle qualità e alle prestazioni abituali di beni dello stesso tipo, anche quelle ulteriori e diverse (o, perlomeno, di livello superiore) che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi⁸².

⁸⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 295 e D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 899.

⁸¹ Cfr. ancora C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 296.

⁸² G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., pp. 115-116.

Nell'introduzione di questa regola viene intravisto il desiderio di recuperare in qualche modo⁸³ il criterio della corrispondenza alle "legittime aspettative del consumatore" sul quale originariamente la Commissione intendeva fondare la categoria del difetto di conformità⁸⁴.

Invero, di importanza fondamentale appare non tanto la previsione delle "ragionevoli aspettative del consumatore" quale criterio di determinazione del livello di qualità contrattualmente dovuto, quanto piuttosto la individuazione degli elementi su cui tali "ragionevoli aspettative" possono concretamente fondarsi.

Tali elementi sono costituiti dalla "natura del bene" e, "se del caso", dalle "dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni" rese dal "venditore, dal produttore, dal suo agente o rappresentante" e "in particolare" le dichiarazioni contenute "nella pubblicità o sull'etichettatura".

Deve pertanto desumersi che, di là da quelli espressamente menzionati, nessun altro elemento potrebbe essere preso in considerazione per stabilire quale livello di qualità e di prestazioni il consumatore possa "ragionevolmente aspettarsi", neppure il prezzo⁸⁵. In effetti, a fondamento della irrilevanza del valore economico del bene al fine di individuare le ragionevoli aspettative del consumatore deve ricordarsi che il prezzo - che compariva espressamente nella prima Proposta di direttiva quale elemento da considerare per valutare se la qualità e le prestazioni fossero "soddisfacenti" - fu successivamente eliminato su suggerimento della Commissione e del Comitato economico e sociale sulla considerazione che se, a parità di descrizione, un prodotto viene venduto ad un prezzo inferiore, l'acquirente non è affatto tenuto ad aspettarsi una qualità inferiore. Il riferimento alla "natura del bene" per determinare ciò che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi significa considerare non tanto quelle caratteristiche tipologiche normalmente riscontrabili in beni di quel tipo (che è una considerazione ovvia e, come si è osservato, già prevista dalla prima parte della disposizione), quanto

⁸³ Così G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 105.

⁸⁴ Nel Libro Verde sulle garanzie dei beni di consumo e dei servizi post-vendita (in COM (1993) 509 def. del. 15 novembre 1993, in part. p. 77) la Commissione si era dichiarata favorevole all'adozione del criterio - di carattere fondamentalmente oggettivo in quanto basato su elementi esterni alla volontà del compratore e chiaramente trasposto dalla direttiva 85/374/CEE sulla responsabilità da prodotto difettoso - delle "legittime aspettative del consumatore", il quale avrebbe dovuto essere inteso come "un concetto dinamico, da valutare tenendo conto di tutte le circostanze, e in particolare delle clausole del contratto, della presentazione del prodotto, del prezzo, della marca, della pubblicità o di qualsiasi informazione fornita sul prodotto, della natura di questo, della sua destinazione, delle leggi e dei regolamenti che lo riguardano". Le pesanti critiche e contestazioni sollevate nei confronti di tale criterio - ritenuto eccessivamente generico, sostanzialmente inidoneo a fornire indicazioni precise circa il contenuto delle pretese del consumatore e potenzialmente fonte di una pericolosa incertezza giuridica -- avevano successivamente indotto la Commissione ad abbandonarlo in favore di un concetto di conformità caratterizzato da quella connotazione essenzialmente soggettiva che era stata già adottata dalla Convenzione di Vienna.

⁸⁵ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 117.

piuttosto quelle particolarità del singolo specifico bene venduto, le quali lo caratterizzano e lo distinguono nell'ambito della categoria merceologica di cui lo stesso fa parte.

L'esplicito riconoscimento del fatto che le "dichiarazioni pubbliche" possono, di per sé sole, fondare le "ragionevoli aspettative del consumatore" e quindi determinare il livello di qualità e di prestazioni contrattualmente dovuto costituisce indubbiamente la vera novità della disposizione⁸⁶. Tale risultato, infatti, era solo parzialmente raggiungibile attraverso l'applicazione della disciplina delle qualità promesse, richiedendosi comunque che tali qualità fossero desumibili dall'interpretazione del contratto. Inoltre, con particolare riferimento alla pubblicità dei prodotti, l'indiscusso carattere non negoziale di tali dichiarazioni, se eventualmente poteva far sorgere una responsabilità extracontrattuale o precontrattuale limitata all'interesse negativo, aveva invece sempre impedito la configurabilità di una responsabilità contrattuale.

Con questa regola, in virtù della quale il bene è considerato conforme al contratto se la qualità e le prestazioni che presenta corrispondono alle aspettative cui il consumatore è stato indotto dalle "dichiarazioni pubbliche", e indipendentemente dalla dimostrazione di un suo concreto affidamento nelle stesse, il legislatore ha consapevolmente inteso attribuire alle informazioni un ruolo assai più rilevante rispetto al passato: esse, sebbene precontrattuali e di carattere non negoziale, penetrano all'interno del contratto di compravendita⁸⁷, specificando il contenuto dell'impegno del venditore e acquistando perciò carattere vincolante⁸⁸. Ciò in considerazione del fatto che, di solito, è proprio sulla base delle informazioni prospettate prima della conclusione del contratto - e in particolare su quelle contenute nella pubblicità o sull'etichettatura - che il consumatore si determina all'acquisto, fondando su di esse le proprie aspettative. Invero la regola qui stabilita - al pari di quella dettata dalla lett. b) art. 1519-ter 2° comma, che fa riferimento alla "descrizione" fatta dal venditore, rispecchia una generale tendenza già emersa nel diritto comunitario volta al superamento della rigida distinzione tra informazione precontrattuale e dichiarazione negoziale⁸⁹. Sempre più spesso, infatti, e in diversi settori,

⁸⁶ L'importanza della novità con riferimento alla direttiva 99/44/CE è sottolineata da G. DE NOVA, *La proposta di direttiva sulla vendita e la garanzia dei beni di consumo*, cit.; p. 26; P.R. LODOLINI, *La direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni*, cit., p. 1285, e G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 122 e passim.

⁸⁷ "Qualora la conclusione del contratto sia stata preceduta da una o più dichiarazioni (...) si presume che il contenuto delle relative affermazioni sia stato "trasfuso" nel contratto concluso dalle 'parti". Così G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 121.

⁸⁸ P.R. LODOLINI, *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni*, cit., p. 1285, la quale con riferimento alle dichiarazioni pubbliche osserva: "La nozione di "conformità al contratto di vendita" viene così dilatata fino a ricomprendere anche elementi esterni al contratto stesso".

⁸⁹ Cfr., ad esempio, la direttiva 90/314/CEE, attuata in Italia con D. Lgs. 115/95, concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso", in relazione alla vincolatività per gli operatori turistici delle informazioni contenute nell'opuscolo, nonché la direttiva

proprio in relazione agli obblighi di informazione, ritenuti uno dei pilastri su cui, fin dalle sue origini, viene costruita la disciplina comunitaria di tutela del consumatore, si assiste ad un chiaro fenomeno di un progressivo assorbimento della fase precontrattuale nel contratto, nel senso, per così dire, di una contrattualizzazione dell'informazione⁹⁰. Questa, infatti, naturalmente collocata nella fase delle trattative, acquista un ruolo peculiare, diventando fonte di determinazione delle obbligazioni gravanti sul professionista e parte integrante del contenuto del contratto. Ma in un certo senso anche il nostro legislatore, avendo espressamente riconosciuto al consumatore come fondamentali i diritti (art. 1, 2° comma, legge 281/98) alla sicurezza e qualità dei prodotti, ad una adeguata informazione⁹¹, ad una pubblicità corretta⁹², nonché il diritto alla *correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi*, aveva già inteso estendere un controllo alla conformità tra le informazioni offerte e la realtà del prodotto. In ogni caso la disposizione di cui alla lett. c), art. 1519-ter, 2° comma, c.c. è ora estremamente chiara e specifica nel porre una precisa corrispondenza tra le informazioni fornite in particolare nella pubblicità, termine anche qui integrante la forma della "informazione" del consumatore e il livello di qualità contrattualmente dovuto, che passa attraverso le ragionevoli aspettative del consumatore.

La regola in commento determina quindi un cambiamento profondo rispetto ai principi che tradizionalmente governano il diritto dei contratti del nostro ordinamento: non solo essa attribuisce carattere vincolante alle dichiarazioni pubbliche del venditore, ma tale carattere viene per giunta esteso anche alle dichiarazioni fatte dal produttore o dal suo agente o rappresentante, e cioè da soggetti che non sono neppure parti del rapporto contrattuale. Anche in tali casi, comunque, la responsabilità, nei confronti del consumatore-acquirente ricade direttamente sul venditore finale, al quale l'art. 1519-quinquies c.c. attribuisce il diritto di regresso nei confronti di qualsiasi soggetto cui sia imputabile il difetto di conformità. Ciò in considerazione del fatto che assai difficilmente

94/47/CE, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, in relazione alla vincolatività per il venditore delle informazioni fornite nel documento informativo (sul punto si rinvia a G. DE CRISTOFARO, *Contratto di Timesharing: attuata la direttiva comunitaria*, in *Studium iuris*, 1999, p. 608 e a L. Rossi CARLEO, *Il contratto di multiproprietà nella prospettiva dell'atto notarile*, in *Notariato*, 2001, p. 626 ss.

⁹⁰ Cfr. sul punto F. CAFAGGI, voce *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv.*, XI, Torino, 1995, p. 474, che rileva la attuale interferenza fra tre fasi che in passato erano nettamente distinte e caratterizzate da regole diverse: quella pubblicitaria, quella precontrattuale e quella contrattuale. Tale commistione, riscontrabile specialmente nel settore finanziario, bancario e creditizio (ma non solo), consiste nel fatto che gli strumenti pubblicitari assolvono frequentemente ad una funzione di informazione precontrattuale, e che gli strumenti di informazione pre-contrattuale, a loro volta, sono suscettibili di divenire parte integrante del contratto.

⁹¹ Tale diritto "è specificato con una aggettivazione pregnante, perché l'informazione deve essere adeguata, cioè non solo sufficiente a consentire al consumatore di effettuare le sue scelte, ma anche completa, comprensibile e non fuorviante". Così G. ALPA, *La legge sui diritti del consumatore*, cit., p. 998.

⁹² Osserva G. ALPA, *op. loc. ult. cit.*, come tale espressione sia più ampia dell'altra, spesso impiegata, di "non ingannevole".

il consumatore-acquirente potrebbe riuscire ad individuare le responsabilità di altri eventuali professionisti che si sono inseriti nella catena produttiva e con i quali, oltretutto, non ha avuto alcun rapporto.

Con riferimento alla regola della vincolatività delle dichiarazioni rese dal produttore, essa appare chiaramente giustificata dal fatto che egli è di certo il soggetto che meglio di qualsiasi altro conosce le caratteristiche specifiche del bene.

Maggiori problemi interpretativi, già peraltro evidenziati con riferimento alla direttiva, si pongono però con riferimento alla previsione, fra i soggetti deputati a rendere dichiarazioni pubbliche vincolanti, del “rappresentante” del produttore, problemi fra l'altro aggravati dall'aggiunta da parte del nostro legislatore di un'altra figura ben precisa, e cioè l'agente del produttore.

Conformità tra le informazioni offerte e la realtà del prodotto. In ogni caso la disposizione di cui alla lett. c), art. 1519-ter, 2° comma c.c. è ora estremamente chiara e specifica nel porre una precisa corrispondenza tra le informazioni fornite (in particolare nella pubblicità, termine anche qui integrante la forma della informazione del consumatore) e il livello di qualità contrattualmente dovuto, che passa attraverso le ragionevoli aspettative del consumatore.

La regola in commento determina quindi un cambiamento profondo rispetto ai principi che tradizionalmente governano il diritto dei contratti del nostro ordinamento: non solo essa attribuisce carattere vincolante alle dichiarazioni pubbliche del venditore, ma tale carattere viene per giunta esteso anche alle dichiarazioni fatte dal produttore o dal suo agente o rappresentante, e cioè da soggetti che non sono neppure parti del rapporto contrattuale. Anche in tali casi, comunque, la responsabilità, nei confronti del consumatore-acquirente ricade direttamente sul venditore finale, al quale l'art. 1519-quinquies c.c. attribuisce il diritto di regresso nei confronti di qualsiasi soggetto cui sia imputabile il difetto di conformità. Ciò in considerazione del fatto che assai difficilmente il consumatore-acquirente potrebbe riuscire ad individuare le responsabilità di altri eventuali professionisti che si sono inseriti nella catena produttiva e con i quali, oltretutto, non ha avuto alcun rapporto.

Con riferimento alla regola della vincolatività delle dichiarazioni rese dal produttore, essa appare chiaramente giustificata dal fatto che egli è di certo il soggetto che meglio di qualsiasi altro conosce le caratteristiche specifiche del bene.

Maggiori problemi interpretativi, già peraltro evidenziati con riferimento alla direttiva⁹³, si pongono però con riferimento alla previsione, fra i soggetti deputati a rendere dichiarazioni pubbliche vincolanti, del “rappresentante” del produttore, problemi fra l'altro aggravati dall'aggiunta da parte del nostro legislatore di un'altra figura ben precisa, e cioè “l'agente” del produttore.

Da un lato siffatta disposizione potrebbe apparire superflua, visto che, trattandosi di preposti dell'imprenditore, la responsabilità di quest'ultimo risulterebbe comunque configurabile in base ai normali criteri di imputazione. Dall'altro, invece, essa potrebbe apparire incompleta, posto che non menziona alcun'altra figura con riferimento al venditore. La necessità di scongiurare i rischi derivanti da un'interpretazione letterale della norma che, così formulata, potrebbe condurre a limitare notevolmente, se non a vanificare, uno degli aspetti più innovativi della nuova disciplina, ha indotto la nostra dottrina a ricercare una diversa chiave di lettura.

Secondo una prima interpretazione, la disposizione farebbe riferimento ad un concetto economico di rappresentanza, che può quindi essere esteso anche a soggetti che non hanno agito “in nome e per conto” del produttore, ma a lui legati da un rapporto diverso, fino a ricomprendere tutti i suoi ausiliari⁹⁴.

In senso contrario, però, si osserva che se una nozione ampia ed extragiuridica di rappresentante poteva suscitare qualche dubbio già nel testo italiano della direttiva, posto che il termine “rappresentante” ha nell'ordinamento interno un significato tecnico specifico, in seguito all'attuazione essa appare ancora più difficile da sostenere: il nostro legislatore, infatti, avendo scelto di menzionare espressamente anche l'agente, ha chiaramente mostrato di volersi riferire in modo specifico a queste due figure, le quali perciò non possono prescindere da un significato tecnico-giuridico⁹⁵. Al fine di evitare un'interpretazione riduttiva della norma, ne viene allora prospettata una lettura diversa, secondo la quale occorre considerare le dichiarazioni dell'agente e del rappresentante non come dichiarazioni provenienti dal produttore in virtù della loro qualità di ausiliari, ma autonomamente, ossia come dichiarazioni di soggetti che, facendo parte della catena distributiva, possono intervenire nella pubblicizzazione dei prodotti attraverso iniziative

⁹³ Cfr. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., pp. 119 – 120.

⁹⁴ Così G. DE CRISTOFARO, *op. loc. cit.*, secondo il quale il legislatore comunitario avrebbe voluto riferirsi non ad un rappresentante in senso tecnico - giuridico, bensì in senso economico. Tale lettura è ribadita anche con riferimento alla formulazione dell'art. 1519-ter c.c. (cfr. A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, Padova, cit., 50).

⁹⁵ Cfr. P.M. VECCHI, *sub art. 1519-ter, 2° comma*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., p. 201. In tal senso v. anche E. SCHWARZENSERC, *sub art. 1519-ter, 4° comma, ibidem*, p. 238 s.

proprie, le quali, se idonee a fondare legittime aspettative in ordine alle caratteristiche del bene, vincolano il venditore⁹⁶. Questa seconda lettura consentirebbe anche di superare la difficoltà derivante dalla mancata menzione del rappresentante o agente con riferimento al venditore, ben potendo le dichiarazioni rese da tali soggetti essere comunque imputabili al venditore secondo i principi generali⁹⁷. Nei casi in cui le dichiarazioni pubbliche siano rese da soggetti diversi dal venditore finale, ferma restando la responsabilità diretta di quest'ultimo verso il consumatore-acquirente, occorre ancora chiedersi come operino le regole di responsabilità interna; in particolare quelle dettate sul regime probatorio, la cui mancata previsione da parte del legislatore dell'attuazione è motivata dalla considerazione che la norma è rivolta solo alla regolamentazione della controversia tra venditore professionista e consumatore-acquirente⁹⁸. Così, ad esempio, nel caso in cui l'agente abbia reso dichiarazioni all'insaputa del produttore, sembra doversi ritenere che quest'ultimo sia comunque responsabile verso il venditore che agisce in regresso, salva poi la possibilità di agire a sua volta contro l'agente in virtù del loro rapporto contrattuale interno. Il consumatore, però, non potrà lamentare alcun difetto di conformità nell'ipotesi in cui le dichiarazioni pubbliche siano state rese dal produttore e il venditore sia riuscito a fornire la prova liberatoria *ex art. 1519-ter, 4° comma, c.c.* L'eventualità che il consumatore possa restare privo di tutela pur avendo riposto ragionevoli aspettative nelle dichiarazioni pubbliche rese dal produttore, se appare pienamente giustificata qualora il venditore riesca fornire la prova *ex lett. b) o c), 4° comma, art. 1519-ter*, risulta decisamente ingiusta nel caso in cui il venditore fornisca la prova di cui alla *lett. a)*. Tale ipotesi pertanto, se pur in concreto difficilmente configurabile, potrebbe costituire una ragione ulteriore a

⁹⁶ P.M. VECCHI, *sub art. 1519-ter, 2° comma*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., p. 202. V. sul punto anche le considerazioni E. SCI-SUVARZENBERG, *sub art. 1519-ter, 4° comma, ibidem*, p. 240, secondo cui il rappresentante non è soltanto colui che effettivamente agisce in nome e per conto del produttore, ma anche colui che tale appare, in base a circostanze univoche ed oggettive, agli occhi del consumatore.

⁹⁷ "Il problema di quali dichiarazioni siano imputabili ai vari soggetti indicati dalla norma verrà risolto secondo le regole generali: di conseguenza, così come verranno in considerazione le dichiarazioni effettuate da terzi su incarico del produttore, del suo agente o del suo rappresentante o comunque in quanto siano ad essi imputabili, analogamente non si potrà negare che la conformità al contratto dovrà essere valutata anche alla luce di qualunque dichiarazione pubblica, sia pur proveniente fisicamente da terzi., imputabile in base ai principi generali al venditore". Così P.M. VECCHI, *sub art. 1519-ter, 2° comma*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., p. 202 s. Alla stessa conclusione giunge anche E. SCHWAENBERG, *sub art. 1519-ter, 4° comma, ibidem*, p. 244 ss., secondo il quale, al fine di garantire al consumatore un sistema di tutela più elevato, sono idonee a fondare le legittime aspettative del consumatore sia, le dichiarazioni rese dal rappresentante o dall'agente (anche apparente) del produttore, sia le dichiarazioni rese dal rappresentante o dall'agente (anche apparente) del venditore.

⁹⁸ Cfr. la Relazione illustrativa al D.Lgs. di attuazione della direttiva deliberato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 1° febbraio 2002. Il legislatore comunitario, infatti, ha rivolto la sua attenzione principalmente al rapporto consumatore-venditore finale, e solo in via secondaria al rapporto - disciplinato dal considerando n. 9 e dall'art. 4 della direttiva - tra venditore e produttore e qualsiasi altro intermediario nella catena contrattuale. Con riferimento, invece, al rapporto consumatore/produttore, il legislatore comunitario (art. 12 direttiva) ha rinviato a l' 2006 la decisione sull'opportunità di prevedere una responsabilità diretta del secondo nei confronti del primo.

favore dell'introduzione, in sede di riesame dell'applicazione della direttiva, di una responsabilità diretta del produttore verso il consumatore.

Con riferimento alla regola della vincolatività delle dichiarazioni pubbliche deve inoltre aggiungersi che in base alla formulazione della disposizione, e conformemente alla sua *ratio*, essa abbraccia inequivocabilmente tutte quelle dichiarazioni rivolte alla generalità dei potenziali consumatori-acquirenti e che riguardano caratteristiche specifiche del bene. Restano invece fuori dall'operatività della regola le dichiarazioni indirizzate a singoli individui - che eventualmente potrebbero rientrare nelle "descrizioni" di cui alla lett. b), 2° comma, art. 1519-ter c.c. - o ad una cerchia ristretta di persone, nonché quelle generiche esaltazioni del bene insuscettibili di un riscontro preciso e concreto⁹⁹.

Certamente l'espressione "dichiarazioni pubbliche" già poteva, da sola, implicare il riferimento ai messaggi pubblicitari. Ciò, infatti, si deduce dalle parole "in particolare" che precedono i due modi più frequenti (ma, data l'ampiezza del termine "pubblicità"¹⁰⁰, forse anche gli unici!), specificati dal legislatore con cui tali dichiarazioni vengono rese, e cioè, appunto, la pubblicità e, altresì, l'etichettatura. Con riferimento a quest'ultima, la sua espressa menzione va ad aggiungersi alle numerose disseminate in un vasto complesso di normative - specie nel settore dei prodotti alimentari, ma anche medicinali e cosmetici - le quali, in linea generale, appaiono già ispirate ai principi di riconoscibilità, comprensibilità, completezza, non ingannevolezza e conformità¹⁰¹. Difatti, svolgendo anche l'etichettatura una funzione di informazione del consumatore (oltre che di identificazione e commercializzazione del prodotto), si è chiaramente avvertito e sottolineato il suo peso crescente - sebbene forse minore rispetto a quello esercitato della pubblicità - nella decisione di acquisto del consumatore¹⁰². Nell'ambito del termine - la cui espressa definizione (nel consueto stile del legislatore comunitario¹⁰³)

⁹⁹ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., pp. 118-120.

¹⁰⁰ Il termine, difatti, può essere inteso sia come comunicazione al pubblico di informazioni, sia come messaggio pubblicitario. Ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. a), D. Lgs. di attuazione della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole, per pubblicità si intende: "qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o di servizi".

¹⁰¹ Solo a titolo esemplificativo, cfr. Part. 2 D. Lgs. 27 gennaio 1992, n. 109, relativo ai prodotti alimentari in genere, secondo il quale "L'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari non devono indurre in errore l'acquirente sulle caratteristiche del prodotto e precisamente sulla natura, sull'identità, sulla qualità, sulla composizione, sulla quantità, sulla durabilità, sul luogo di origine o di provenienza, sul modo di ottenimento o di fabbricazione del prodotto stesso".

¹⁰² Cfr. il Parere del Comitato Economico e Sociale del 29 ottobre 1997 sul Libro Verde della Commissione sui temi "Principi generali della legislazione in materia alimentare nell'Unione Europea" e "Salute dei consumatori e sicurezza alimentare", in G.U. C.E. n. 19 del 21 gennaio 1998, p. 61 ss.

¹⁰³ In senso critico nei confronti delle definizioni (e delle elencazioni) alle quali i redattori delle direttive comunitarie sono soliti fare ricorso, cfr. G.B. FERRI, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni al consumo*, in *Contr. impr./Europa*, 2001, p. 63 ss.

si rinviene nella direttiva 2000/13/CE concernente i prodotti alimentari¹⁰⁴- possono certamente rientrare anche i c.d. marchi volontari, che simboleggiano e garantiscono la c.d. qualità competitiva dei prodotti e che vengono apposti a conclusione di una complessa procedura di valutazione di conformità cui l'impresa decide volontariamente di sottoporre il proprio prodotto o il proprio sistema produttivo¹⁰⁵.

Da ora in poi, il consumatore che abbia acquistato un bene il cui livello di qualità e prestazioni non sia corrispondente alle dichiarazioni pubbliche contenute nella relativa pubblicità o etichettatura, non dovrà più dimostrare che tali dichiarazioni siano state oggetto dell'impegno negoziale, né di avervi concretamente riposto affidamento, ma potrà semplicemente (e molto più facilmente) limitarsi ad indicare le dichiarazioni pubbliche fatte, prima della conclusione del contratto, nella pubblicità o sull'etichettatura. La *ratio* della disposizione va dunque chiaramente ravvisata nella ormai acquisita consapevolezza dell'enorme rilevanza che i messaggi pubblicitari hanno assunto nella dinamica della moderna economia dei consumi e della potente influenza che essi esercitano sui comportamenti e sulle scelte dei consumatori. Se, infatti, alle due funzioni - informativa e persuasiva - tradizionalmente attribuite alla comunicazione pubblicitaria si tende generalmente a dare una pari rilevanza¹⁰⁶, in molti casi deve constatarsi che la persuasione finisce con l'assumere un ruolo nettamente predominante¹⁰⁷.

Nel legislatore, pertanto, emerge la precisa volontà di garantire la correttezza dei meccanismi di formazione delle scelte tenendo adeguatamente in considerazione il potere senza precedenti esercitato sul mercato dal fenomeno pubblicitario e delle modalità con cui, di fatto, si instaurano e si svolgono i rapporti tra consumatori e professionisti¹⁰⁸.

Che la pubblicità possa costituire parte integrante dell'impegno contrattuale del venditore risulta anche dalla disposizione di cui all'art. 1519-septies c.c., la quale prevede che la garanzia "vincola chi la offre secondo le modalità indicate nella dichiarazione di garanzia

¹⁰⁴ Ai sensi dell'art. 1, 3° comma, della direttiva 2000/13/CE (in G.U. C.E. n. L 109 del 6 giugno 2000, p. 29) - la quale, a fini di razionalità e chiarezza, ha operato una codificazione della (ripetutamente modificata) direttiva 79/112/CEE sull'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, per etichettatura si intende: "le menzioni, indicazioni, marchi di fabbrica, o di commercio, immagini o simboli riferentisi ad un prodotto alimentare e figuranti su qualsiasi imballaggio, documento, cartello, etichetta, anello o fascetta che accompagni tale prodotto alimentare o che ad esso si riferisca".

¹⁰⁵ Il ricorso sempre più frequente ai sistemi di certificazione volontaria è dovuto al fatto che ormai essi sono considerati uno strumento fondamentale per il successo dell'impresa, essendo prevalentemente finalizzati al perseguimento della *customer satisfaction* e al miglioramento continuativo.

¹⁰⁶ Sul punto v. ampiamente F. CAFAGGI, sub art. 2, Commentario al D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, di attuazione della direttiva 4501841CEE in materia di pubblicità ingannevole, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, I, p. 689.

¹⁰⁷ Cfr. soprattutto G. ALPA, *Il diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, p. 194, il quale osserva che agli albori della pubblicità sarebbe prevalsa la funzione informativa, mentre in seguito, con l'affermazione delle grandi concentrazioni monopolistiche, la funzione persuasiva sarebbe divenuta a tal punto prevalente da rendere impossibile, nella maggior parte delle ipotesi, considerare il messaggio pubblicitario un veicolo di informazione.

¹⁰⁸ Cfr. in proposito D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; F. CAFAGGI, voce *Pubblicità commerciale*, cit., p. 474 ss. E. GABRIELLI e A. ORESTANO, voce *Contratti del consumatore*, in *Dig. IV, disc. priv., sei. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, p. 242 ss.

medesima o nella relativa pubblicità". Infatti, anche l'introduzione di questa norma, che equipara la pubblicità relativa alle garanzie alle condizioni stesse di garanzia, se pur discutibile sul piano dei principi, dimostra che il legislatore ha preso atto "del fatto che sempre più spesso il singolo consumatore è indotto alla conclusione dell'affare da pressanti campagne pubblicitarie e da sofisticate operazioni di marketing"¹⁰⁹, e del fatto che, solitamente, il consumatore ha con il prodotto e le relative garanzie soltanto il contatto offerto dalla pubblicità, la quale è dunque l'unica base su cui fondare la sua fiducia e le sue ragionevoli aspettative¹¹⁰.

3.4 - L'idoneità del bene all'uso particolare voluto dal consumatore (art. 1519-ter 2° comma lett. d c.c.)

L'ultimo criterio previsto dall'art. 1519-ter, 2° comma, c.c. alla lettera d) è quello che inerisce all'idoneità del bene ad una specifica utilizzazione voluta dal consumatore. Particolarità di tale presunzione è la necessaria comunicazione dell'uso specifico del bene dall'acquirente al venditore e la conseguente accettazione di quest'ultimo.

Parte della dottrina¹¹¹ ha potuto rilevare che la necessaria accettazione dell'ulteriore utilità del bene da parte del venditore vanifica l'importanza del criterio presuntivo in esame; se, infatti, la particolare idoneità del bene rileva solo se comunicata ed accettata dal venditore, tale idoneità rientra tra le normali pattuizioni contrattuali e la presunzione in esame si riduce ad un mera ripetizione del principio affermato nel 1° comma dell'art. 1519-ter c.c., ossia che il venditore deve consegnare beni conformi a quanto previsto dal contratto¹¹².

Tentando, comunque, una interpretazione della norma in esame si deve intendere il requisito dell'accettazione da parte del venditore non già nel senso che egli debba manifestare (in maniera espressa o tacita) il suo consenso ma nel senso di ritenere sufficiente la conclusione del contratto senza alcuna riserva da parte del professionista¹¹³.

¹⁰⁹ Così sul ruolo dell'informazione nel rapporto tra tutela del consumatore e mercato L. ROSSI CARLEO, *Il contratto di multiproprietà nella prospettiva dell'atto notarile*, cit., p. 626 ss.

¹¹⁰ V. in tal senso la Relazione alla Proposta di direttiva presentata nel 1996, cit., p. 14, illustrando le ragioni che hanno indotto alla formulazione della disposizione.

¹¹¹ Cfr. P.M. VECCHI, sub art. 1519-ter, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., p. 176.

¹¹² L'inutilità di una tale ripetizione normativa è stata avvertita già da alcuni degli Stati membri (quali la Germania e l'Austria) che in sede di attuazione della direttiva hanno ritenuto opportuno sopprimere la disposizione in esame.

¹¹³ In tal senso: P.M. VECCHI, *op. cit.*, p. 174 ss.; R. PARDOLESI, *La direttiva*, cit., p. 453.

4. LE PRESUNZIONI

Come è noto e senza voler svolgere temi che sarà opportuno solo di lambire, la disciplina che distribuisce l'onere della prova tra le parti del processo ha la sola ed esclusiva funzione di indicare a carico di quale parte debba ricadere la incertezza del giudice su taluni fatti controversi¹¹⁴.

La disciplina sulla conformità, la quale si vale o sembra valersi della tecnica della "presunzione", quindi, servirebbe soltanto per individuare la parte sulla quale debba eventualmente gravare la incertezza del giudice circa la prova della conformità o difformità del bene venduto.

In dottrina, tuttavia, si è precisato che la parola "presunzione" è capace di raccogliere fenomeni tra loro diversi e distinguibili soltanto in ragione di attributi specificativi¹¹⁵. Così si differenzia la presunzione legale assoluta dalla presunzione legale relativa e dalla presunzione semplice. Queste tre "presunzioni", che condividono soltanto il nome non descrivono, in realtà, istituti davvero assai diversi e presentano natura ineguale: le prime due vere e proprie norme giuridiche sostanziali¹¹⁶ in sé compiute e concluse, la terza una norma procedimentale¹¹⁷, che attende, soltanto, di essere riempita di un contenuto sostanziale.

¹¹⁴ E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, ora parzialmente riprodotto in M. CONEORTINI e A. ZIMATORE, *Lecture per un corso di metodologia, La genesi logica della sentenza civile*, in *Riv. crit. scienze sociali*, 1914, ora in M. CONFORTINI e A. ZIMATORE, *op. cit.*, p. 119 ss. (da cui le citazioni). Qualora un soggetto chieda al giudice un determinato provvedimento assumendo l'applicazione di una certa norma di legge, dovrà provare i fatti posti a fondamento della propria pretesa. Se quei fatti non saranno provati, o nonostante le prove fornite il giudice non raggiunga il giuridico convincimento della verifica di quel fatto, la domanda dell'attore verrà delusa. Ecco allora perché si dice che la distribuzione dell'onere della prova ha la funzione di indicare la parte sulla quale debba ricadere la incertezza del giudice. Di recente S. PATTI, *Prova, testimoniale. Presunzioni*, Bologna, 2001, pp. 78, 84 e 107, osserva che nelle presunzioni legali non vi è un meccanismo presuntivo vero e proprio e la loro funzione incide sulla distribuzione dell'onere della prova, favorendo una certa soluzione ritenuta degna di tutela; anche in base a valutazioni di carattere probabilistico. "L'efficacia probatoria delle presunzioni è infatti fissata dalla legge ed esclude un apprezzamento discrezionale".

¹¹⁵ Nonostante l'importanza del tema, qui non sarà possibile che fare un fugace riferimento ai contributi dottrinali più significativi, tra i quali piace di rinviare, anche per il corredo bibliografico, oltre che per la condivisione dell'impostazione, alla voce di M. TARUFFO, *Presunzioni, I) diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991. e al contributo dello stesso, ID., *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 733 ss. V. ANDRIOLI, *Presunzioni*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 766 ss. Importanti, per la connessione del tema le considerazioni di S. PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. dir.*, Milano, XVII, 1968, p. 658 ss. Tra le opere di carattere più ampio si rinvia a L. RADIPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 399.

¹¹⁶ Così anche S. PATTI, *op. ult. cit.*, pp. 78 e 124 ss., il quale osserva che le presunzioni legali assolute sono, in realtà, vere e proprie "norme di diritto materiale che prevedono conseguenze di tipo sostanziale". L'appartenenza delle presunzioni legali "al diritto sostanziale trova conferma nel fatto che esse prescindono dal convincimento del giudice".

¹¹⁷ Questa affermazione, si avverte sin da subito, è già il segno della condivisione di un certo orientamento, sicché essa stessa è già professione di una ricostruzione. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 1, avverte chiaramente "di là di ogni illazione banalmente psicologica su quello che potrebbe essere il ragionamento che conduce il legislatore ad affermare in una norma che un determinato fatto deve essere presunto, vale la constatazione che quando la legge stabilisce presunzioni manca solitamente la struttura inferenziale del ragionamento presuntivo cui allude l'art. 2727". L'osservazione dell'A. costituisce la premessa e il fondamento delle distinzioni che abbiamo accolto nel presente lavoro. Contrario S. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 126 s., il quale aderisce all'idea che distingue presunzioni legali assolute da finzioni giuridiche, sulla base di un giudizio di "avvicinamento alla realtà". Tanto più probabile è la derivazione del fatto ignoto da quello noto, tanto più è plausibile sostenere che si sia in presenza di una presunzione legale e non di una finzione. Con le parole dell'A., piace di ripetere "pur trovandoci in un territorio di confine, nel caso delle presunzioni *iuris et de iure* non sempre si ravvisa quindi " la violenza nei confronti della realtà " che caratterizza invece le finzioni, essendo in esse normalmente insita una razionalità che è assente

E infatti, la presunzione legale assoluta, che secondo autorevole dottrina, coinciderebbe con la finzione giuridica¹¹⁸, non è altro da una norma dal contenuto definitorio¹¹⁹; se si

nel caso della finzione". Si osservi, inoltre, che tale ricostruzione, ossia che la presunzione debba sempre essere costituita dall'accostamento di due fatti, la prova di uno dei quali (quello noto) vale prova dell'altro (quello ignoto), induce l'A. anche in una ulteriore distinzione: quella tra presunzioni legali relative e norme sulla ripartizione dell'onere della prova o "presunzioni improprie o verità interinali". Queste ultime, diversamente dalle prime, sarebbero caratterizzate dalla mancanza del fatto base e nondimeno consentono di reputare provato un determinato fatto, finché non sia provato il contrario (es. art. 1147, comma 3 cod. civ.). Tali regole, allora, pur utilizzando sovente l'espressione "si presume", avrebbero una mera funzione di ripartizione dell'onere probatorio.

¹¹⁸ S. PUGLIATTI, *Finzione, cit.*, p. 658, spiega "col termine " finzione " si allude al risultato di un processo mentale che, in quanto immaginato o inventato, non corrisponda puntualmente ad una specifica realtà. Dopo l'analisi di talune figure sintomatiche, l'A. osserva che la finzione giuridica consente di far apparire una "deroga" come l'aspetto di una "estensione" e una "limitazione di efficacia di una norma" come il suo intrinseco svolgimento. Infatti, la finzione giuridica dapprima è "espiente pratico per eludere o estendere l'applicazione di regole giuridiche ad ipotesi escluse o non previste", successivamente, quando si assuma consapevolezza di ciò, diventa strumento normativo volto dapprima a "salvaguardare le tendenze consolidate dalla tradizione" e poi "strumento della sistematica scientifica". Il ricorso alla finzione, pertanto, "vale soltanto a mettere in rilievo gli elementi di differenza, che non consentirebbero la identificazione a cui si tende, e, una volta affermata tale identificazione; la rinuncia ad una spiegazione rigorosamente logica dei fenomeni considerati comparativamente". Quanti distinguono presunzioni da finzioni, fondano tale scelta su molteplici argomenti. F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, 1, Padova, 1936, p. 816. fonda la distinzione in ciò: nella presunzione il legislatore collega ad un fatto un certo effetto, perché secondo l'*id quod plerumque accidit* il primo è indice del secondo; mentre nella finzione il legislatore collega a un fatto certe conseguenze malgrado, secondo esperienza, tra i medesimi non corra alcuna relazione che consente l'inferenza dell'uno dall'altro. Convince l'atteggiamento critico di M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 2, che, con riguardo a quella impostazione, osserva "in entrambi i casi, infatti, le norme disciplinano direttamente un determinato aspetto della fattispecie legale sostanziale, senza affermare espressamente la verità presunta finta o di un fatto. A. DE CUPIS, *Sulla distinzione tra presunzioni legali assolute e finzioni giuridiche*, in *Giust. civ.*, 1982; II, p. 230, osserva "che le presunzioni legali assolute hanno il proprio fondamento e il proprio riscontro nella normale realtà, e solamente a volte contrastano colla realtà del caso concreto, operando; nei confronti di questo., alla stregua di una finzione giuridica; 2) che le finzioni giuridiche in senso stretto intese, non marginalmente ma pienamente contrastano colla realtà, uguagliando un fatto astrattamente previsto ad altro sempre diverso. Si osservi che quanti condividano le teorie sulla finzione e ne ammettano l'esistenza muovono da concezioni dualistiche e naturalistiche, che presuppongono la realtà come termine fisso. A. DE CUPIS, *op. ult. cit.*, p. 227 ss., spiega - con ciò motivando il suo dissenso verso la tecnica della presunzione - "Queste finzioni creano nell'ordinamento una verità legale, pienamente contraria alla verità reale" e ancora "la finzione giuridica, considerata nel suo senso stretto, in quanto eguaglia fatti diversi, esprime la tendenza del legislatore volta a semplificare la realtà, a trascurare la varietà dei fatti, al fine di giustificare l'eguaglianza del trattamento giuridico". Tale precisazione induce il nostro dissenso verso quella impostazione, e ci persuade a preferire alla (teoria della) finzione la figura della presunzione legale assoluta. Ma, le; ragioni del nostro dissenso sono diverse da quelle di De Cupis, La norma la quale equiparasse ai suoi effetti; due fatti tra loro diversi e naturalmente non equiparabili ("Ai fini della presente legge il fatto B si' considera come fatto A"), non finge alcunché ma si limita, più semplicemente, a estendere la disciplina prevista per il fatto A anche al fatto B. Ossia, quella disposizione non contiene una norma, ma una porzione di norma, che deve essere coniugata con altra, quella che collega a quel fatto un certo effetto ("Se A, allora E"). La norma "Ai fini della presente legge il fatto B si considera come fatto A" significherebbe null'altro che "Se B, allora E". In altri termini la norma che pone la "finzione", in realtà, altro non fa che rendere due fattispecie equivalenti, poiché alle stesse collega la produzione del medesimo effetto giuridico (sulle fattispecie equivalenti M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, rist. con prefazione di N. Irti, Torino, 1999, p. 86). Discorrere di finzione implica precise scelte di metodo: considerare impossibile che fatti tra loro diversi possano produrre il medesimo effetto giuridico (e ciò in aderenza alle teorie dualistiche secondo cui il diritto è la proiezione logica della natura); superare tale impossibilità con l'espiente di volere considerare quei fatti naturalisticamente equiparabili (tanto è vero che quegli Autori nell'esprimere il loro pensiero discorrono di giustificazioni dell'eguaglianza del trattamento giuridico, quasi come se il legislatore dovesse "giustificare" la sua scelta di trattare fatti diversi in modo identico). La scelta di metodo, quindi, è palese: esiste un substrato naturale nel rispetto del quale il diritto positivo non potrebbe annullarne le differenze. Esempiare di questa tendenza la pagina di A. DE CUPIS, *op. ult. cit.*, p. 228, là dove reca l'esempio della adozione speciale, la quale è equiparata dal legislatore alla nascita in costanza di matrimonio. L'A. avverte l'esigenza di spiegare e giustificare la scelta del legislatore "certamente l'equiparazione è giustificata dall'ideale solidaristico ispirante l'adozione speciale; ma non può negarsi che in essa sia insita una sorta di finzione giuridica, consistente nel far considerare giuridicamente come figlio legittimo degli adottanti un soggetto non generato da essi in costanza del loro matrimonio". A prescindere dall'esigenza di giustificazione della scelta legislativa, esigenza che non ci sentiamo di condividere con l'A., si osservi la mistione dei piani naturale e giuridico. Nella prospettiva dell'A. l'essere "figlio legittimo" è un fatto naturale prima ancora che giuridico, sicché l'A. sovrappone al fatto naturale della nascita, la qualifica giuridica. Solo se si consideri l'artificialità del diritto (sul punto N. IRTI, *Norma e luoghi, cit.*, passim) può avvedersi che "figlio legittimo" è soltanto una qualifica giuridica, che, in quanto tale, può dipendere da una pluralità di fatti, ossia da tutti quei fatti che il legislatore vorrà porre come condizionanti della qualifica (*rectius*: della disciplina conseguente dalla qualifica). Qualora ci si ponga in questa prospettiva diviene poco utile una giustificazione delle scelte del legislatore e si nega fondamento alle concezioni dualistiche fondate sul c.d. diritto naturale. Verso tale tendenza ci sembra che bisogna porsi in senso critico, appunto perché il diritto è sovrano di collegare a qualunque fatto qualunque effetto, nel rispetto delle regole sulla produzione giuridica, senza la necessità logica di dover prima immaginare la identità o somiglianza naturale dei fatti. Le norme, sono pure strutture vuote di contenuto e, perciò, riempibili di tutti quei contenuti voluti dall'uomo (così ha insegnato H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, rist. Torino, 1999, p. 63 ss.). Il legislatore, quindi, non finge, ma disciplina e, per economia di linguaggio, ciò può fare equiparando un fatto non disciplinato a uno già disciplinato. In tale eventualità, il codice non rende fatti naturalisticamente eguali, ma collega il medesimo effetto a modelli, di fatto che tra loro nulla hanno in comune. I fatti restano distinti e nessuna ragione logica suggerisce come necessario il volere fingere che essi siano identici o simili. Sarà sufficiente cogliere che il legislatore ha posto una norma che collega a quel fatto lo stesso identico effetto che prima aveva collegato ad altro fatto. Le norme cc.dd. di finzione, allora, si risolvono null'altro che in una mera tecnica legislativa di economia del linguaggio. In luogo di collegare a un fatto un certo effetto o una certa disciplina., per semplicità linguistica, il legislatore preferisce equiparare il nuovo fatto a quello già disciplinato. In tale guisa si crea un'altra norma che collega al fatto nuovo quell'effetto già preveduto per il fatto precedentemente disciplinato. Così, solo per recare un esempio, nell'art. 1359 cod. civ. il legislatore nel momento in cui dispone che "la condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa" prevede,

preferisce la sua struttura potrebbe essere la seguente “Se A, allora si verifica comunque l'effetto B”¹²⁰.

La presunzione legale relativa, invece, è quella regola che distribuisce l'onere della prova in modo inverso da quanto accadrebbe in sua assenza¹²¹ e secondo quanto previsto dall'art. 2697 cod. civ.¹²². E cioè quella norma che esclude la necessità della prova diretta di un certo fatto posto a fondamento della pretesa agitata. La struttura di questa norma potrebbe essere “Se A, allora il soggetto, altrimenti tenuto, non ha l'onere di provare i fatti posti a fondamento del diritto fatto valere”¹²³.

Diversamente da quelle appena descritte e in aderenza al contenuto della norma di cui all'art. 2727 cod. civ., la presunzione semplice è la vera presunzione. Un vero e proprio mezzo di prova che consente al giudice di risalire da un fatto noto a uno ignorato. A differenza delle altre due ipotesi, qui si è in presenza di una regola la quale fissa, una volta e per tutte, il metodo che può seguire il Giudice per giungere a una conclusione, altrimenti non sperimentabile. Il fatto sostanziale da provare presuntivamente è sempre estraneo alla norma che pone la regola della presunzione semplice. Tale norma, infatti, descrive un procedimento ed essa è sempre indifferente alla sostanza, potendo ricevere e riempirsi di qualsiasi contenuto.

La struttura della norma che la pone è proprio quella di cui all'art. 2727 cod. civ. "Se viene provato un fatto dal quale può desumersi l'esistenza di un altro fatto, allora il Giudice può considerare come provato quello ignoto". Quale sia il fatto noto e quale quello ignorato è indifferente, poiché tutti i fatti in astratto possono soggiacere a questo procedimento. La

semplicemente, che la disciplina dettata per il caso in cui il fatto dedotto in condizione si avvera (1360, 1361 etc.), si applica anche quando la condizione non si sia avverata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento. Il legislatore, quindi, piuttosto che riformulare tutta la disciplina e quindi prevedere una norma che stabilisse la retroattività della condizione, una sugli atti di amministrazione e così via, preferisce, con una semplice disposizione richiamare quella disciplina. Allora, quando il legislatore "finge", in realtà "disciplina" valendosi di una tecnica linguistica semplificata. Anche queste considerazioni ci inducono pertanto a preferire l'impostazione che discorra di presunzioni legali assolute.

¹¹⁹ P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza. civile*, in *Riv. crit. scienze sociali.*, 1914, p. 128; osservava "delle presunzioni legali assolute che non ammettono prova in contrario non è qui, il raso di parlare, perché esse non tendono a disciplinare l'attività del giudice nell'accertamento del fatto, ma costituiscono norme di diritto sostanziale".

¹²⁰ Resta chiaro che, spogliato di psicologismo, anche questo modello di norma (Se A, allora si verifica comunque l'effetto B) si lascia ridurre nel consueto schema "Se A, allora B?". La particolarità starebbe in ciò: l'effetto B ricollegato al fatto condizionante A è „lo stesso effetto che altra norma preesistente collega ad un fatto condizionante (ad es. D) che nulla ha in comune con il fatto A. La nota distintiva di questa norma - che in una prospettiva viziata di psicologismo abbiamo reso con la formula "allora comunque si verifica" - consiste semplicemente nella preesistenza di altra norma del tipo "Se D, allora B".

¹²¹ M. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 2, "A differenza delle presunzioni legali assolute, le presunzioni relative non costituiscono la *ratio*, ma il contenuto specifico delle norme che lo pongono: la presunzione non è cioè presupposta ma affermata dalla legge".

¹²² M. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 2, chiarisce la funzione svolta dalle presunzioni legali relative, osservando che esse fanno sì "che il giudice decida come se questo [fatto presunto] fosse vero, senza bisogno di prova, qualora non venga provato il contrario".

¹²³ Una precisazione linguistica è necessaria onde si eviti l'ingenerarsi di una confusione. Secondo la ricostruzione proposta tanto le norme che pongono una presunzione legale assoluta quanto quelle che pongono una presunzione legale relativa sono state definite norme sostanziali, per contrapporle, alla norma, che stabilisce il procedimento attraverso cui formulare una presunzione semplice. Quest'ultima sarebbe norma procedimentale. Secondo questa concezione linguistica i termini sostanziale e procedurale hanno riguardo al contenuto delle norme: quelle sostanziali disciplinano singole ipotesi; quella procedurale fissa un percorso, indica una strada da seguire, indipendentemente dal contenuto di cui può riempirsi. In questa accezione, quindi, non si è inteso di contrapporre la parola sostanziale a processuale e, quindi, non si è inteso di offrire una risposta ai noti problemi delle presunzioni legali posti dal fenomeno della successione delle leggi nel tempo.

capacità espansiva della norma, diversamente da quelle precedenti che disciplinano singoli casi, è indefinita. La norma che pone la presunzione semplice, poiché descrive un metodo, indifferente rispetto ai molteplici contenuti di cui può riempirsi, è sempre una e una sola ed eguale a se stessa.

Tutte quelle norme che abbiano un contenuto sostanziale, allora, non possono, per definizione, essere riconducibili al genere presunzione semplice. Questa esiste soltanto come procedimento, la cui legittimità è posta, una volta per tutte, dall'art. 2727 cod. civ. Altro non serve.

Con questa norma il Giudice, qualora fosse possibile, può ricavare da fatti noti fatti ignoti e assumerli come provati. Irrilevante il fatto noto, irrilevante il fatto ignoto, purché, però., la presunzione sia grave, precisa e concordante.

È chiaro, allora, che le norme contenute nell'art. 2 della direttiva e ora dell'art. 1519-ter cod. civ., non sono e non possono essere presunzioni semplici. La conformità è il contenuto di una precisa norma di legge, che, quindi, non è una presunzione semplice.

Si tratta, allora, di accertare se le regole contenute nell'art. 1519-ter cod. civ., contengano delle presunzioni legali relative (da adesso in poi, *breviter*: presunzioni) o delle presunzioni legali assolute (da adesso in poi, *breviter*: norme definitorie)¹²⁴.

Per risolvere simile quesito deve aversi riguardo al criterio che consente di distinguere le une dalle altre.

Il problema non è di facile soluzione, perché tutte le norme che pongono una presunzione legale si prestano con facilità ad essere lette sia come norme definitorie, ben essendo possibile di schiacciarle all'interno della fattispecie, che come presunzioni (relative).

Così, ad esempio, la norma che recitasse "la clausola che riproduce una norma di legge si presume non abusiva" potrebbe intendersi in due modi: quello secondo cui realizza una diversa distribuzione dell'onere della prova e quello secondo cui fissa una definizione. Secondo la prima chiave di lettura in presenza di questa clausola il professionista, che altrimenti ne avrebbe l'onere al fine di evitare una pronuncia a sé sfavorevole, potrebbe limitarsi a rilevare la corrispondenza del contenuto della clausola a una norma di legge. Nel secondo senso, invece, si dovrebbe dire che sono abusive quelle clausole che determinano a carico del consumatore un eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi

¹²⁴ E evidente che non può trattarsi di presunzioni semplici, giacché la presunzione semplice non richiede nessuna norma all'infuori del 2727 cod. civ sicché tutte le volte in cui sia data una norma con la quale si pone una c.d. presunzione ("si presume che") potrà parlarsi solo di presunzioni legali.

nascenti dal contratto e che, comunque, non riproducano il contenuto di una norma di legge¹²⁵.

Anche talune regole contenute nell'art. 1519-ter cod. civ. si prestano a tale duplice lettura. Utilizziamo, come esempio, il comma 2 dell'art. 1519-ter cod. civ. Esso può significare sia che la parola "conforme" di cui al primo comma ha il significato fatto presente al comma 2., sia che con questa regola si distribuisce l'onere della prova. L'una o l'altra soluzione, però, non sono prive di importanti conseguenze applicative. Se si trattasse di una norma che pone una presunzione, la difformità potrebbe risultare anche in ragione di una ipotesi diversa da quella indicata nelle lettere a), b), c), d) del comma 2; se, viceversa, fosse una norma definitoria non potrebbero darsi casi di difformità diversi da quelli indicati.

Si tratta allora di compiere una scelta.

Il criterio in base al quale fondare tale distinzione è quello fissato dal legislatore nell'art. 2728 cod. civ., il quale precisa che la differenza delle une dalle altre non è tanto nell'ammissibilità, o meno, della prova contraria - fatto che costituisce, piuttosto, il corollario della distinzione -, quanto sulla modalità di distribuzione tra le parti dell'onere della prova e sulla circostanza che le prime sono norme che costituiscono il fondamento di altra norma che esclude l'azione in giudizio o dichiara nullo un atto¹²⁶.

Il criterio per fissare questa distinzione, allora, potrebbe ravvisarsi in ciò: a prescindere dalla terminologia utilizzata dal legislatore, la quale può fungere da mero indizio e a prescindere dalla possibilità di leggere la norma nell'uno o nell'altro modo, le norme definitorie costituiscono il fondamento di altra norma che esclude l'azione in giudizio o dichiara nullo un atto¹²⁷.

Si tratta, allora, di sperimentare l'applicazione di questo criterio e di chiarire se le "presunzioni" legali poste nell'art. 1519-ter debbano essere considerate assolute o relative¹²⁸.

¹²⁵ Secondo la prima chiave di lettura la norma fisserebbe una presunzione legale relativa, contro la quale sarebbe ammessa la prova contraria. La seconda chiave di lettura, invece, postula che si tratti di norme che pongono una presunzione legale assoluta, contro la quale non sarebbe ammissibile che la prova contraria eventualmente preveduta dalla legge. In difetto nessuna prova contraria sarebbe ammissibile.

¹²⁶ S. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 86, rileva che, diversamente dalla presunzione legale relativa, quella assoluta non determina una inversione dell'onere della prova, perché determinerebbe una vera e propria esenzione dell'onere di provare il fatto. In questo ragionamento, tuttavia, ci sembra che l'A. non tenga in gran conto la possibilità che la legge stessa preveda, anche con riguardo alle presunzioni legali assolute, una prova contraria. Questo argomento ci ha indotto a reputare che la differenza (per altro, di disciplina) tra l'una e l'altra non sia tanto sull'ammissione di una prova contraria, ma sull'astratta ammissibilità di qualsiasi prova contraria.

¹²⁷ M. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 1, chiarisce "le norme cui si ricollega il fenomeno della presunzione legale assoluta non pongono, infatti, una presunzione, ma dichiarano nullo un atto o escludono l'azione in giudizio sulla base di un ragionamento presuntivo che si suppone formulato dal legislatore come premessa di tali norme. Di conseguenza, la presunzione assoluta non rappresenta il contenuto della norma che ad es. prevede la nullità di un atto, ma la ratio, la spiegazione, il fondamento "esterno" della norma in questione, che, invece, di per sé considerata, si limita a dichiarare nullo l'atto".

¹²⁸ I contributi formati sulla direttiva dimostrano l'inclinazione degli studiosi ad affermare, sia in base al considerando della direttiva (part. 8), che in base al dato letterale, che le presunzioni in esame sono relative. G. DE NOVA, *La recezione della Direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo*, cit., p. 767, conclude che si tratti di presunzioni relative. L'idea dell'A., ancorché non venga

La storia della disposizione in commento non aiuta a risolvere la questione della natura delle presunzioni in essa contenute. Se da un lato il considerando n. 8 della direttiva - deputato a chiarire la natura di codeste presunzioni - espressamente affermava che si trattava di presunzioni relative "[...] considerando che per facilitare l'applicazione del principio di conformità al contratto è utile introdurre la presunzione relativa di conformità al contratto riguardo alle situazioni più comuni [carattere corsivo nostro]", dall'altro lato, in altri importanti snodi della direttiva, il legislatore, con formule linguistiche precise e tecniche, non aveva lasciato spazi a dubbi tanto importanti. A tale ultimo proposito basti rammentare proprio l'art. 5, comma 3 della direttiva - ora riprodotto nel comma 3° dell'art. 1519-sexies - in cui a tutte lettere si legge "fino a prova contraria, si presume che i difetti di conformità che si manifestino ...".

Di fronte a tale incertezza linguistica, la soluzione più plausibile rimane affidata a un'interpretazione complessiva della disposizione tale da rendere le sue parti di essa intelligibili per mezzo delle altre e secondo il senso complessivo. Un possibile spunto, dal quale avviare l'analisi, potrebbe rinvenirsi proprio nel comma 4 della disposizione in commento, che, espressamente, chiede di essere letto in connessione con il comma 2. lett. c).

Tentiamo di chiarirne la relazione e, da essa, di abbozzare una soluzione.

Al comma 2 lett. c) il legislatore indica una delle condizioni che (se pertinente) deve sussistere perché il bene sia conforme al contratto: il fatto che il bene presenti le qualità e le prestazioni che il professionista ha enunciato nelle cc, dd. "dichiarazioni pubbliche"¹²⁹. Se, quindi, il venditore avesse, ad esempio, dichiarato che quel bene venduto possiede la qualità "M" e poi il bene, concretamente consegnato al consumatore, non presentasse

espressamente enunciata, può cogliersi nel passaggio in cui, nel sintetizzare il proprio pensiero, osserva che la direttiva contiene due norme: quella che consente al consumatore di affermare che il bene non è conforme, deducendo una delle circostanze prescritte nell'art. 2 ("il bene non è conforme alla descrizione specifica (o al modello o campione), o non è idoneo all'uso speciale da lui voluto, o non è idoneo all'uso tipico, o non ha le qualità o non offre le prestazioni attese e dichiarate in via generale") e quella che consente al venditore di opporre che il consumatore sapeva o doveva sapere o che i materiali forniti dal consumatore "sono la causa di ogni male". A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva*, cit., p. 116, discorre, senza indagare particolarmente la questione, di presunzioni relative. Di ciò si ha contezza solo se si osservi la proposta di modificazione del codice civile, nella quale l'art. 1491 cod. civ., ossia quello deputato a regolare il meccanismo presuntivo, dovrebbe suonare, secondo l'A., nel seguente modo: "Si presume, fino a prova contraria, che la cosa sia conforme al contratto se: [...]". Seppur solo incidentalmente, anche L. DELOGU, *op. cit.*, p. 501, reputa le presunzioni (della direttiva) relative e immagina che le parti possano definire "ulteriori e diverse presunzioni di conformità, oltre a quella disciplinata dall'art. 2.2". R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 50, pur se non affronta ex professo la questione, reputa che si tratti di presunzioni relative, le quali, tuttavia, sarebbero caratterizzate da una pratica difficoltà di offrire una prova contraria. R. FADDA, *op. ult. cit.*, p. 418, anche in considerazione del considerando n. 8, conclude nel senso che si tratti di presunzioni relative, con l'ulteriore corollario che "il consumatore potrà provare il difetto di conformità anche nel caso in cui il bene risulti conforme in base ai requisiti indicati dall'art. 2, [...] il consumatore potrà provare il difetto di conformità del bene al contratto anche in assenza di taluno dei predetti requisiti". Sulla legge nazionale continuano a mostrare inclinazione verso la ricostruzione indicata: A. LUMINOSO, *La compravendita 3*, cit., p. 307; C. LEO, in AA.VV., *L'acquisto di beni di consumo*, p. 29. Sembra di questa opinione anche P.M. VECCHI, *op. cit.*, p. 179., il quale, tuttavia, non prende precisa posizione.

¹²⁹ L'espressione "dichiarazioni pubbliche" è formula sintetica con la quale il legislatore intende far riferimento a tutte quelle dichiarazioni indicate al comma 2", lett. c), ovvero sia dichiarazioni pubbliche rese dal venditore o dal produttore o dal suo agente o rappresentante e in particolare, alle dichiarazioni pubblicitarie e a quelle segnate nell'etichettatura.

quella qualità, allora - sempre nel presupposto della pertinenza della condizione - si potrebbe affermare che esso è difforme dal contratto. Il consumatore acquirente avrebbe, quindi, diritto ai rimedi posti a presidio e tutela della propria posizione giuridica. Il comma 4 integra questo meccanismo ed espressamente prevede che il professionista non è vincolato alle "dichiarazioni pubbliche" che abbia reso, qualora dimostri uno dei fatti elencati nelle successive lett. a), b) e c).

Se - per restare all'esempio appena formulato - il venditore avesse dimostrato che la decisione del consumatore di acquistare quel bene di consumo non è stata influenzata dalla dichiarazione resa relativamente alla qualità "M" (lett. c), allora non si sarebbe potuta affermare la non conformità del bene.

E, allora, nel comma 4 il legislatore ha previsto una parziale (riguarda soltanto la parte della disposizione attinente alle cc.dd. dichiarazioni pubbliche e non anche le qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente attendersi) ipotesi di prova contraria del fatto di cui alla lettera c) del comma 2.

Ebbene, mentre risulta difficile stabilire quale natura possano rivestire le presunzioni indicate al comma 2, essendo ben tollerabile di costruirle in entrambi i modi (presunzioni legali assolute o presunzioni legali relative), viceversa più semplice sembra il discorso qualora si abbia riguardo alla regola contenuta al quarto comma.

Il suo contenuto "probatorio" non sembra facilmente attaccabile anche in considerazione del tenore letterale della disposizione, che espressamente si vale del verbo "dimostra". Con il comma 4 il legislatore ha previsto tre ipotesi (a, b e c) legali (nel senso previste espressamente dalla legge) di prova contraria della circostanza di cui al comma 2 lett. c).

A questo punto, si potrebbe essere indotti a credere che la presunzione del comma 2, lett. c) sia una presunzione relativa, in ragione del fatto che essa ammette una prova contraria (il comma 4 sarebbe la prova contraria della presunzione contenuta al comma 2).

Questo risultato, però, si scontrerebbe con il dettato dell'art. 2728 cod. civ., il quale, per un verso, prevede, al primo comma, che anche le presunzioni legali assolute possono ammettere delle prove contrarie e, per altro verso, considera l'ammissibilità, o meno, della prova contraria siccome corollario della differenza e non già criterio fondante la distinzione.

La differenza disciplinare tra presunzioni assolute e relative non risiederebbe semplicemente nel fatto che le prime ammettono una prova contraria e le seconde non la ammettono, con la precisazione, non di poco momento, che mentre contro le presunzioni

relative è ammissibile qualsiasi prova contraria, contro le presunzioni assolute la prova contraria ammissibile è solo quella preveduta e non altre¹³⁰.

Giunti a tale punto dell'indagine potrebbero, con riguardo ai due comma della disposizione in esame, avanzarsi due diverse letture interpretative.

Secondo una prima, i fatti descritti al comma 4 rappresenterebbero le uniche ipotesi di prova contraria e, quindi, la presunzione dell'art. 2. sarebbe assoluta, perché non ammetterebbe altra prova contraria. Secondo l'altra chiave di lettura, invece, i fatti descritti al comma 4 non costituirebbero le uniche ipotesi, ma ipotesi tipiche di prova contraria, e quindi la presunzione dell'art. 2 sarebbe relativa, perché la prova contraria sarebbe ammessa sempre, anche al di fuori e oltre i casi tipici previsti al comma 4.

Le conseguenze applicative dell'una o dell'altra impostazione sono assai rilevanti.

Qualora si trattasse di una presunzione legale assoluta, il comma 4 prevederebbe un elenco tassativo di ipotesi e, perciò, avrebbe natura eccezionale, sicché esso non sarebbe passibile di applicazione analogica. Inoltre, la circostanza del comma 2 concorrerebbe a definire il significato della parola "conforme", con la conseguenza che non potrebbero darsi casi di conformità diversi da quelli descritti. Sicché un bene sarebbe conforme al contratto se e solo se ricorrano tutte le circostanze di cui alle lettere a, b, c, d del comma 2 (e sempre che non si tratti di difetti occulti o non facilmente riconoscibili o dipendenti dai materiali forniti dal consumatore).

Qualora si trattasse di una presunzione relativa, invece, la disposizione contenuta al comma 4 non avrebbe carattere eccezionale, e, quindi, sarebbe passibile di applicazione analogica. Il difetto di conformità, inoltre, potrebbe dipendere da circostanze diverse da quelle indicate al comma 2 (26)., le quali non sarebbero capaci di esaurire l'ipotesi.

Entrambe le due ricostruzioni sono attendibili.

Tuttavia, delle due, quella che sembra maggiormente rispondente alla sistematica dell'intervento normativo è la prima, in quanto giustifica, in maniera più razionale, il perché di una previsione espressa e tipica. Difatti, qualora si trattasse di una presunzione relativa, non si riuscirebbe bene a comprendere perché mai il legislatore abbia voluto

¹³⁰ Onde si eviti di incorrere in contraddizioni con quanto già affermato, ci sembra il caso di osservare che questo dato è piuttosto un corollario di disciplina, che non un criterio fondante la distinzione. Tuttavia, la circostanza che la presunzione legale assoluta non ammette altra prova contraria che quella espressamente prevista, può divenire un utile indice dal quale desumere la natura delle singole presunzioni. Se, infatti, si dimostrasse che un determinato fatto è l'unica prova contraria ammessa contro una presunzione, allora, di necessità, quella presunzione dovrebbe essere considerata assoluta. Si assisterebbe, quindi, ad un singolare modo di procedere dell'indagine, in cui una particolarità di disciplina (ammissibilità della sola prova contraria espressamente preveduta dalla legge) consentirebbe, in via induttiva, di affermare il carattere assoluto di quella presunzione, fuggendo il dubbio della sua possibile relatività. La natura di presunzione assoluta, allora, non si trarrebbe in via deduttiva dalla circostanza che essa presunzione costituisce il fondamento di altra norma che esclude l'azione in giudizio o dichiara nullo un atto, ma in via induttiva da un essenziale carattere disciplinare.

prevedere taluni casi tipici, visto che le presunzioni relative ammettono, 'per regola generale, la prova contraria. Sarebbe allora più credibile che la norma in esame esprime il fondamento della regola che esclude l'esercizio dell'azione per difetto di conformità, cioè che si tratti di presunzioni legali assolute.

Queste considerazioni sulla natura della presunzione contenuta alla lett. c) del comma 2 consentono, per ragioni di intrinseca coerenza del provvedimento legislativo, di estendere questo risultato anche alle restanti lettere, sicché potrebbe concludersi che tutte le presunzioni legali contenute nel comma 2 dell'art. 1519-ter cod. civ. sono assolute. Sarebbe opinabile, quanto meno da un punto di vista di tecnica legislativa, la tesi che volesse attribuire a ipotesi descritte in diverse lettere di uno stesso comma di uno stesso articolo diversa natura (immaginando alcune come presunzioni legali assolute e altre come presunzioni legali relative).

Qualora la soluzione appena indicata fosse plausibile il comma 2 dell'articolo in esame indicherebbe i casi tassativi di conformità del bene al contratto. In altri termini, se questa - come crediamo - fosse la soluzione, con la parola "conformità" il legislatore avrebbe descritto il fatto della coesistenza di tutte le circostanze (se pertinenti) di cui alle lett. a), b), c), e d) del comma 2, dell'art. 1519-ter cod. civ. I rimedi a tutela del compratore-consumatore o, da una diversa prospettiva, l'adempimento dell'obbligo del venditore-professionista di consegnare beni conformi, conseguirebbe se e solo se (e quindi non potrebbero darsi ulteriori e diversi casi) ricorrano tutte le circostanze pertinenti di cui al comma 2.

La norma, allora, avrebbe un contenuto definitorio, indicando il significato della parola "conformità". Solo in via mediata avrebbe l'effetto di indicare la parte sulla quale deve ricadere la incertezza del giudice sul fatto fondante il giudizio di conformità del bene al contratto¹³¹.

In ultimo, poi, valga questa osservazione, che sembra avvalorare ulteriormente il convincimento che si tratta di presunzioni legali assolute. Qualora le predette presunzioni fossero relative, ne conseguirebbe, come corollario, che la conformità dovrebbe assumere un contenuto certamente diverso da quello descritto nelle circostanze presuntive di cui alle indicate lett. a), b), c) e d) dell'articolo 1519-ter cod. civ., le quali, quindi, non offrirebbero

¹³¹ Anche alla luce di questa considerazione ci sembra che deve escludersi che le parti possono decidere di arricchire la presunzione di cui al secondo comma dell'art. 1519-ter cod. civ., mediante l'aggiunta di ulteriori circostanze rispetto a quelle in esso contemplate (in tal senso L. Delogu, *op. cit.*, p. 501). Le parti, infatti, non possono in alcun modo incidere sulle presunzioni, trattandosi di norme di legge; al più le stesse possono, nel profilare il bene oggetto di vendita nel contratto, seguire un grado di dettaglio o richiedere standard e livelli di

la nozione di bene conforme. F ciò perché - sempre se le presunzioni fossero relative - dovrebbe potersi ammettere che pur ricorrendo tutte le circostanze dalle quali è possibile trarre la presunzione di conformità, nondimeno sarebbe possibile offrire la prova che il bene concretamente consegnato dal venditore al compratore è difforme al contratto. Ciò significherebbe che la conformità avrebbe un contenuto di significato non logicamente coincidente con quello profilato nelle circostanze, cioè un significato di verso e posto al suo esterno.

Conformità e contenuto delle presunzioni, allora, non potrebbero coincidere, perché, altrimenti, non si potrebbe affermare che il concreto bene, che pur risponde a tutte le circostanze pertinenti., nondimeno è difforme dal contratto. Restano da esaminare le regole poste ai comma 3 e 5 dell'art. 1519-ter cod. civ., i quali come avremo subito modo di vedere, non si presentano di difficile intelligenza.

Muoviamo dal primo.

Si tratta di una presunzione legale assoluta. La regola, infatti, esclude che, ricorrendo i presupposti descritti nella fattispecie, possa esperirsi l'azione per difetto di conformità. "Non vi è difetto di conformità" ossia il venditore professionista non è responsabile del difetto di conformità (cioè del ricorrere dei fatti descritti al comma 2) qualora, al momento della conclusione del contratto, l'acquirente consumatore conosceva o avrebbe dovuto conoscere il difetto o esso sia dipeso da istruzioni e materiali forniti proprio dal consumatore. Tale norma esclude, ricorrendo i presupposti descritti nella fattispecie, l'esperibilità dell'azione per difetto di conformità, quand'anche non ricorrano tutte le circostanze pertinenti.

Così - restando all'utilizzato esempio - qualora il televisore non possieda la qualità o le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo che il consumatore si sarebbe potuto ragionevolmente attendere o non possieda quella precisa qualità "M" che il venditore aveva dichiarato pubblicamente, il consumatore, nondimeno, non avrà diritto ai rimedi offerti dalla disciplina, o, in altra prospettiva, il professionista sarà adempiente all'obbligo di consegnare un bene conforme al contratto, se vi è prova che il compratore al momento della conclusione del contratto non ignorava o non poteva ignorare quel difetto di conformità o l'assenza della qualità "M". Anche tale norma, quindi, concorre nell'individuazione del significato del termine conformità. Anzi, essa è molto importante perché, pur se formulata in negativo, consente, volta in positivo, e in connessione con il

qualità o caratteristiche ben superiori a quelle medie. Ma, in questa eventualità, le stesse non avrebbero " aggiunto ulteriori circostanze "

primo comma, una specificazione concettuale di "conformità". In particolare, essa ha una funzione limitativa, perché esclude che esista un difetto di conformità giuridicamente rilevante, qualora il fatto sia rispondente a quello descritto in fattispecie.

Esaminiamo adesso il comma 5°.

Si, tratta, secondo quella dottrina a cui piace di distinguere presunzioni legali assolute e finzioni giuridiche, di una vera e propria ipotesi di finzione giuridica, perché il legislatore attribuisce al fatto "imperfetta installazione" - quando essa sia compresa nel contratto di vendita ed è stata effettuata dal venditore o sotto la sua responsabilità o quando essa sia dipesa da una carenza delle istruzioni di installazione - le stesse conseguenze che derivano dal "difetto di conformità del bene", malgrado, secondo l'esperienza, i due fatti non abbiano nulla in comune.

Con questa norma, che nella nostra prospettiva, ci piace di ricostruire siccome presunzione legale assoluta, differentemente da quella precedentemente esaminata, il nostro legislatore amplia l'ambito di tutela del consumatore acquirente, stabilendo che, anche nei circostanziati casi di imperfetta installazione, il professionista-venditore debba essere reputato inadempiente all'obbligo di consegnare un bene conforme al contratto. Tale norma, pertanto, si caratterizza come norma la cui fattispecie è equivalente a quella contenuta, nel medesimo articolo e risultante dai comma 2, 3 e 4.

E allora: comma 3 e comma 5 dell'art. 1519-ter cod. civ., in diverso modo, concorrono nella determinazione del significato della parola "conformità": la prima regola restringendone e la seconda estendendone il contenuto di significato.

Le considerazioni svolte circa la natura giuridica delle "presunzioni" dell'art. 1519-ter cod. civ. consentono di ipotizzare una soluzione circa il significato da attribuire alla parola "conformità". Ricordiamo - per inciso - che la parola conformità è uno degli elementi di quella che abbiamo indicato come la essenziale norma contenuta nella disciplina della vendita dei beni di consumo: "Se il venditore consegna al compratore un bene non conforme, allora questi ha diritto alla riparazione o sostituzione o riduzione del prezzo o risoluzione del contratto".

La norma pone un obbligo collegandovi, quale conseguenza per l'inadempimento di esso, taluni rimedi. La parola conformità esprime il contenuto dell'obbligo al quale si ricollega, come fatto condizionato, l'esperibilità dei rimedi.

ma "arricchito" la descrizione del bene e, soltanto in via mediata e per l'effetto, inciso sull'obbligo di consegna del bene.

L'art. 1519-ter è, prescindendo dal primo comma, che pone tale obbligo in capo al venditore-professionista, tutto volto a chiarire quale sia il contenuto: ciò fa con delle "presunzioni" che ci sono parse presunzioni legali assolute, cioè norme disciplinanti fatti sul fondamento dei quali si esclude l'azione (l'esperibilità dei singoli rimedi: riparazione, sostituzione, riduzione del prezzo, risoluzione del contratto) in giudizio.

La conformità, allora, non viene linearmente definita, ma si ricava siccome il risultato di un concatenarsi articolato di ipotesi di fatto alcune delle quali debbono co-esistere e altre mancare.

Ed allora, volendo identificare la nozione di conformità¹³², ovvero sia il contenuto dell'obbligo legale esistente in capo al venditore professionista, si può affermare che la conformità si ha soltanto nei casi in cui ricorrano, insieme, a condizione di pertinenza, le circostanze di cui alle lett. a); b), c) e d) del comma 2 (tale lettera d potrebbe essere non necessaria se ricorresse una delle circostanze indicate alle lett. a), b) e c) del comma 4) e non si verifichi il fatto descritto al comma 3. O, in alternativa, il difetto di conformità sussiste anche nel caso di imperfetta installazione. Il venditore professionista, allora, sarà adempiente rispetto all'obbligo di consegnare un bene conforme al contratto se tale bene sia idoneo all'uso al quale servono beni dello stesso tipo, sia rispondente alla descrizione fatta e possieda le qualità del bene presentato come modello o campione, sia idoneo all'uso particolare voluto dal consumatore e da questo portato a conoscenza del venditore, presenti le qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo e, infine, possieda le qualità e le prestazioni che il venditore ha dichiarato possedesse, salvo, con riguardo a quest'ultima circostanza che sia dia prova del fatto che il venditore non conoscesse quelle dichiarazioni o che tali dichiarazioni sono state adeguatamente corrette o che la decisione dell'acquirente non è dipesa da essa. Quand'anche, poi, il bene presentasse un difetto o vizio, ma il venditore dimostrasse che l'acquirente ne era a conoscenza o avrebbe dovuto conoscerlo, il bene si reputa, nondimeno, conforme.

Con una formula riassuntiva si potrebbe, dunque, concludere che conformità è eguale a: "a + b + c + d comma 2 - comma 3" oppure "a + b + c comma 2 +, alternativamente, a o b o c comma 4 - comma 3", oppure, infine, "comma 5". Sarebbero, queste, tutte fattispecie tra loro equivalenti, determinando ognuna di esse, l'applicabilità della norma che prevede i cc.dd. diritti del consumatore-acquirente.

5 - Il momento dell'accertamento della conformità e il principio *res perit domino*

L'obbligo della consegna di beni conformi al contratto nella sua dizione letterale apre il campo a interrogativi giuridicamente angosciosi, introducendo il problema di stabilire come debba spiegarsi il riferimento alla consegna alla luce del principio del passaggio del rischio e del consenso traslativo. Ci proponiamo ora di individuare che cosa per il legislatore significhi che il venditore deve consegnare¹³³ al compratore un bene conforme al contratto. In altri termini si tenterà di spiegare quando sorgono i diritti del consumatore¹³⁴ acquirente e secondo quali meccanismi ciò possa avvenire¹³⁵.

In questa analisi, in via preliminare, occorre precisare il carattere speciale¹³⁶ di questa disposizione¹³⁷, il quale deriva non soltanto da ragioni di carattere oggettivo e soggettivo

¹³² LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva*, cit., p. 117, osserva che le presunzioni non tengono conto, diversamente dall'art. 1490 cod. civ. "della diminuzione di valore".

¹³³ Resta aperto il problema di stabilire come si possa spiegare il riferimento alla consegna. Secondo parte della dottrina, infatti, il termine consegna non può essere utilizzato in senso tecnico. Per altro, è appena il caso di segnalare che, qualora si volesse discorrere di consegna in senso tecnico, allora si dovrebbe, di necessità, aprire il problema della disciplina del passaggio del rischio. Avverte il problema, ma non reputa indispensabile, anche alla luce del 14° considerando della direttiva, un ripensamento della disciplina nazionale. R. FADDA, *op. ult. cit.*, p. 424. Diversamente M. G. FALZONE CALVISI, *op. cit.*, p. 456. che pure reputa opportuna una omologazione di tutti i difetti nel nuovo concetto di difformità, osserva che sarebbe necessaria una minuziosa regolamentazione del trasferimento del rischio, analoga a quella contenuta nella Convenzione di Vienna. L. CABELLA PISU, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie*, cit., p. 39 ss., reputava opportuno prevedere, limitatamente al caso delle vendite di beni di consumo, una norma derogatoria che spostasse in avanti, al momento della consegna, il passaggio del rischio. R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 53. reputava opportuno l'inserimento di una norma che facesse "coincidere il momento della consegna, rilevante ai fini del riscontro dell'esistenza del difetto, con quello in cui può considerarsi adempiuta, sulla base delle regole poste dal codice civile, l'obbligazione di consegna ex art. 1477". Secondo A. Luminoso, *Appunti per l'attuazione della direttiva*, cit., p. 105 ss., la nuova disciplina sulla vendita dei beni di consumo potrebbe incidere sulla disciplina del passaggio del rischio. In particolare, si renderebbe necessario distinguere i vizi e i difetti del bene a seconda che essi siano preesistenti o successivi al trasferimento della proprietà. I primi darebbero luogo a una responsabilità per inesatta realizzazione del risultato traslativo; i secondi, invece, o non darebbero luogo a responsabilità alcuna (arg. ex art. 1465 cod. civ.) o darebbero luogo a una responsabilità per inadempimento di una obbligazione a carico del venditore (ad esempio: l'obbligazione di custodia o quella di installazione). Soltanto se il legislatore decidesse di ricollegare il passaggio del rischio al momento della consegna, il venditore sarebbe responsabile dei vizi successivi al trasferimento della proprietà, anche se dipesi da caso fortuito. Altrimenti questa responsabilità non potrebbe configurarsi. Tuttavia l'A., nelle more dell'emanazione della legge nazionale, auspicava che il legislatore non modificasse la disciplina del passaggio del rischio, proprio per le profonde implicazioni che essa ha all'interno del nostro sistema. Il pensiero dell'A. è efficacemente racchiuso nella proposta di modificazione dell'art. 1490 cod. civ.: "Il venditore garantisce che la cosa venduta, al momento del trasferimento della proprietà, sia conforme al contratto. Il venditore è altresì responsabile verso il compratore di qualsiasi difetto di conformità al contratto che si verifica dopo il momento indicato nel comma precedente e che sia dovuto all'inadempimento di una sua obbligazione [...]". Sulla nozione di rischio le osservazioni di S. ORLANDO, *Rischio e vendita internazionale*, Milano, 2002, che ha avvisato della pluralità dei significati assumibili dalla parola rischio oltre che della sua capacità di risolvere problemi disciplinari assai diversi (rischio dell'impossibilità, responsabilità, designazione di effetti sfavorevoli). L'A., infatti, ha cura di segnalare che il termine rischio è inteso, nella vendita internazionale di cose mobili, come perdita o diminuzione del valore patrimoniale del bene e cioè in modo diverso da quello assunto all'interno del codice civile italiano.

¹³⁴ Sul punto ci sembra necessario segnalare le difficoltà che, già prima della emanazione del decreto legislativo di attuazione, la dottrina aveva formulato in ordine alla possibilità di dover graduare, diversamente, la gravità dell'inadempimento di difformità alla stregua dei criteri generali e, in particolare, della norma dell'art. 1455 cod. civ. Secondo questa ricostruzione non qualunque difetto di conformità legittimerebbe il ricorso al rimedio risolutorio, ma soltanto quello di non scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra parte. G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, cit., p. 865 ss.; A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 267; G. BONFANTE - O. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 30.

¹³⁵ Risulta la condivisione dell'impostazione di Betti che individua nell'azione un naturale svolgimento dell'obbligazione. E. BETTI, *Teoria dell'obbligazione in generale, II, Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, p. 13 ss.

¹³⁶ Sulla nozione di specialità il rinvio è alle pagine di N. IRTI, *L'età della decodificazione vent'anni dopo*, Milano, 1999, *passim*, secondo cui il rapporto genere - specie come quello norma-eccezione si coglie, tutto, nella relazione tra gli effetti disposti dalle norme. Tanto tra norme in rapporto di genere specie, quanto tra quelle in rapporto di norma eccezione sul piano della fattispecie si assiste ad una medesima situazione: una fattispecie presenta, rispetto all'altra, un elemento ulteriore e di specificazione (Data la fattispecie "Se A", quella rispetto ad essa speciale o eccezionale, suona "Se A + al"). Ciò che cambia è l'effetto: nella norma speciale all'effetto tipico della norma generale se ne aggiunge uno ulteriore ("allora B" rispetto a "allora B + W"); nella norma eccezionale segue un effetto che rompe completamente la logica di quello posto nella norma normale ("allora B" rispetto a "allora X").

¹³⁷ A. Luminoso, *Appunti per l'attuazione della direttiva*, cit., p. 89 ss., reputava opportuno rendere questa disciplina generale, di modo che essa potesse essere applicata anche per vendite di beni "non di consumo" e anche per vendite non esclusivamente concluse tra professionista e consumatore. Secondo l'A. sarebbe necessario rendere questa disciplina generale. Dissente, sul carattere speciale della

(la presente disciplina si applica solo per talune vendite¹³⁸ di taluni beni intercorse tra talune parti), ma soprattutto dalla comparazione di questa disposizione con quelle contenute negli artt. 1476, n. 1 e 1477 cod. civ., le quali consentono di ricavare un effetto o, meglio sarebbe dire, un modello di effetto, davvero generale: l'obbligo di consegna¹³⁹.

Nella compravendita, infatti, il venditore ha l'obbligo di consegnare al compratore la cosa nello stato in cui si trovava al momento della vendita. L'obbligo posto dal legislatore del 1942 è quello generico di consegna, l'obbligo posto dal legislatore del 2002¹⁴⁰ è quello di consegnare un bene conforme al contratto¹⁴¹.

Sicché sorge spontaneo domandarsi quale rapporto corra tra questi due obblighi¹⁴² e viene da chiedersi se il venditore, sottoposto alla sola disciplina tradizionale, possa consegnare all'acquirente un bene non conforme e ciononostante essere adempiente all'obbligo nascente dal contratto di compravendita.

Sembra però opportuno fare chiarezza intorno al concetto di consegna usato dal legislatore del D. Lgs. 24/2002, potendo a tutta prima sorgere la convinzione che esso assuma il significato tecnico usuale, indicando l'insieme delle attività necessarie al trasferimento della disponibilità materiale (e/o del possesso) del bene venduto, e al relativo obbligo potrebbe sembrare dedicata la prima delle norme citate (come già il corrispondente art. 2, 1° comma, della direttiva): in realtà, così non è.

disciplina, L. Follieri, *op. cit.*, p. 218 ss. il quale postula, in forza dell'art. 1323 cod. civ., l'applicazione diretta della predetta disciplina a tutti i contratti di scambio di beni di consumo.

¹³⁸ Si consideri che l'art. 1519-bis cod. civ. equipara alla vendita i contratti di permuta, di somministrazione, di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre.

¹³⁹ Non convince la tesi di A. ZACCARIA, *Commentario breve al codice civile, cit.*, p. 1495, secondo il quale l'affermazione della esistenza dell'obbligo di consegnare beni conformi al contratto comporterebbe l'inapplicabilità, nel caso di vendita di beni di consumo dell'art. 1477, primo comma, cod. civ. In particolare, osserva l'A., "ove la cosa venduta, al momento della conclusione del contratto, presentasse un difetto di conformità, il venditore, in virtù di tale obbligo, dovrebbe reputarsi tenuto a porre rimedio al difetto medesimo [...] ancora prima di provvedere alla consegna al consumatore". La tesi non convince poiché, diversamente da quanto l'A. afferma, non esiste tra i due obblighi la possibilità giuridica di una sovrapposizione. E difatti, il venditore potrebbe, senz'altro, aver consegnato al compratore un bene conforme al contratto (ossia rispondente ai requisiti posti dall'art. 1519-ter cod. civ.) e nondimeno avere violato l'obbligo di cui all'art. 3477 cod. civ., avendo consegnato la cosa in uno stato diverso da quello esistente al momento della stipulazione del contratto. Ciò, naturalmente, nel plausibile presupposto che la diversità dello stato in cui versò la cosa non consenta di affermare l'esistenza di vizi o la mancanza di qualità promesse o essenziali.

¹⁴⁰ G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche, cit.*, p. 880, sulla base della lettera della direttiva e in relazione ai rimedi a tutela dell'acquirente, è incline a reputare che il consegnare un bene conforme sia un vero e proprio obbligo giuridico. Le implicazioni logiche che l'A. ricava da codesta affermazione sono di straordinaria importanza e, prima tra tutte, la possibilità di ridefinire il contenuto dell'impegno traslativo. Conferma ulteriore si ricaverebbe anche dagli specifici rimedi della sostituzione e riparazione, i quali si potrebbero qualificare, una volta ridefinito l'impegno traslativo, come vere e proprie ipotesi di esatto adempimento, cioè come azioni che, in difetto di questa correzione concettuale dommatica, non sarebbe stato possibile costruire.

¹⁴¹ G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo, cit.*, 2000, p. 53, osserva la diversità esistente tra questi due obblighi. A. LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa, cit.*, p. 847 ss., prima che venisse recepita nell'ordinamento la direttiva, osservava che l'unica strada per configurare una responsabilità relativamente ai vizi sorti successivamente al trasferimento del diritto, collegata all'obbligo di consegna, era quella di far dipendere il passaggio del rischio proprio dalla consegna, con la conseguenza che "il venditore sarebbe [stato] chiamato a rispondere dei vizi successivi al trasferimento della proprietà anche quando dipendano da caso fortuito, con l'unica parziale eccezione della responsabilità risarcitoria per la quale (ai sensi dell'art. 1494 c.c.) sarebbe ancora necessaria la colpa del venditore".

¹⁴² G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche, cit.*, p. 873, osserva come la locuzione obbligo, che pure compare all'interno della disciplina in esame, non assume il suo significato tecnico, sicché la consegna in senso proprio resterebbe affidata alla disciplina storica. "Il riferimento alla consegna [...] acquista valore esclusivamente sintattico, tutt'al più espressivo di un'indicazione temporale, relativa al momento in cui dovrà sottoporsi a verifica l'adempimento del vero impegno posto a incarico del venditore, il quale sembra avere ad oggetto immediato ed esclusivo la conformità al contratto del bene consegnato".

Diversamente dalla Convenzione di Vienna, in cui la distinzione tra "consegna" delle merci e "conformità" delle stesse al contratto assumeva evidenza topografica (collocandosi le relative norme in due distinte sezioni del capo dedicato agli obblighi del venditore), la direttiva 99/44/CE non aveva inteso dettare alcuna disciplina in materia di tempo, luogo e modalità esecutive della *traditio* strettamente intesa¹⁴³, che pertanto restava disciplinata dalle normative nazionali, ovvero dalle norme uniformi eventualmente vigenti in ordine a determinate fattispecie¹⁴⁴. Il riferimento alla consegna contenuto nel 1° comma dell'art. 1519-ter c.c. acquista, in realtà, valore esclusivamente sintattico, espressivo di un'indicazione temporale, relativa al momento cui dovrà riferirsi la valutazione di conformità e il conseguente giudizio in ordine all'esatta attuazione dell'impegno traslativo¹⁴⁵. Lo conferma il comma primo della norma che qui si commenta, laddove la previsione di quello stesso impegno viene riformulata in termini di responsabilità: il venditore "è responsabile" (non per la mancata consegna, ma) "per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna" stessa¹⁴⁶. L'impegno traslativo dell'alienante viene dunque a ricomprendere la conformità del bene trasferito, ma di tale conformità potrà decidersi (con ciò estendendo, solo di riflesso, il limite temporale della responsabilità) unicamente al tempo della consegna. Così intesa, la norma di cui al 1° comma dell'art. 1519-quater c.c. non dovrebbe neppure sollevare i problemi di applicazione, che pure taluno ha denunciato, in ordine all'obbligazione "di consegnare" beni conformi: in particolare, premesso che la lesione giuridica del compratore non consiste in una menomazione di tipo possessorio¹⁴⁷, ma si produce al momento del trasferimento della

¹⁴³ Lacuna che peraltro aveva suscitato, già nei confronti delle proposte di direttiva, critiche tra gli interpreti (si legga quella di E. HONDIUS, *Kaufen ohne Risiko: der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkonsum und zur Verbrauchergarantie*, in *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*, 1997, p. 135).

¹⁴⁴ Si pensi al caso delle vendite concluse mediante tecniche di comunicazione a distanza, cui si applicheranno le regole dettate dalla direttiva 1997/7/CE e dal D. Lgs. 22 maggio 1999, n. 185.

¹⁴⁵ L'impegno posto a carico del venditore sembra, in altre parole, avere ad oggetto non la consegna, ma la conformità al contratto del bene consegnato; *rectius* anche sopprimendo il riferimento all'obbligo di consegna, la disposizione conserva intatto il suo valore precettivo, di indicazione del termine cui riferire la valutazione di conformità e il connesso giudizio di responsabilità del venditore (come chiarito in appresso nel testo). Ribadisce, da ultimo, esattamente la distinzione tra obbligazione di *consegna* in senso proprio e impegno in ordine alla *conformità* G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura di beni mobili conclusi da consumatori con professionisti. Seconda parte, cit.*, p. 1314.

¹⁴⁶ Tant'è che (come ricorda P.R. LODOLINI, *La direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio su alcuni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 1283, nota 31) il riferimento alla "consegna" dei beni mancava nelle proposte iniziali della Commissione, ove ci si limitava a prevedere che i beni dovessero essere conformi al contratto di vendita. Da un'altra prospettiva; potrebbe ritenersi accolto, nella dizione della direttiva, l'esito di un'evoluzione ermeneutica compiutasi negli ultimi vent'anni nella giurisprudenza francese, che conduce la Cassation civile a identificare l'obbligazione di consegna *tout court* con la consegna di un bene conforme alle aspettative dell'acquirente, tanto da ritenerla violata allorché questi riceva "une chose qui ne correspond pas[...] au but recherché par lui" (Cass. civ., 1^e, 20 marzo 1989, in *Bull. civ.*, 1, n. 140); e che fa dire a taluno, sia pur impropriamente, che la consegna finisce così per inglobare una parte dei difetti di conformità previsti dalla direttiva stessa (A. PINNA, *Il termine di garanzia previsto dalla direttiva europea del 25 maggio 1999 sulle garanzie dei beni al consumo*, in *Contr. impr./Europa*, 2001, p. 518).

¹⁴⁷ Osservazione senz'altro condivisibile

proprietà (del bene difettoso), si è osservato che il riferimento alla consegna precluderebbe (paradossalmente) l'esperibilità dei rimedi in esame a quel consumatore che, già anteriormente ad essa, abbia acquistato la proprietà di beni difformi, e ciò in quanto non potrebbe dirsi ancora verificato l'inadempimento dell'obbligo di consegna¹⁴⁸.

Nella prospettiva accolta in questa sede, il problema non ha neppure ragione di porsi: essendo (solo) quello della consegna il momento in cui valutare della conformità del bene al contratto; e dunque dell'inadempimento del venditore, la difformità preesistente rileverà solo se è in quanto tuttora persista; consentendo allora, al compratore innanzitutto di rifiutare la consegna stessa, ovvero di agire per il ripristino; in caso contrario, qualora cioè il venditore abbia provveduto ad eliminare la difformità, pur presente nel, momento del trasferimento, mediante riparazione o sostituzione anteriori al momento della consegna, non si vede quale lesione possa più lamentare l'acquirente¹⁴⁹.

Se ciò chiarisce il ruolo sintattico del termine "consegna" all'interno della proposizione normativa, resta da stabilirne, prima ancora di valutare l'impatto della norma sul sistema, l'esatta portata semantica: chiarendo se per "consegna" debba intendersi l'effettivo ingresso del bene nella materiale disponibilità del venditore (consegna *materiale*), o il compimento da parte dell'alienante delle attività sufficienti a far considerare adempiuta la relativa obbligazione (la c.d. consegna *liberatoria*). Dilemma di non poco momento, se si considera che la direttiva, "sollecitata essenzialmente dallo sviluppo degli scambi tra paesi diversi", investe un ambito economico certamente comprensivo della vendita di beni di consumo tra piazze diverse; e che, da un lato, *ex art. 1510 c. c.* il venditore si libera dall'obbligazione di consegna con la rimessione della cosa al vettore o allo spedizioniere, dall'altro, nei contratti aventi a oggetto cose generiche (come tipicamente accade per i beni di consumo) la stessa rimessione trasferisce proprietà e rischi all'acquirente (*ex artt. 1378 e 1465 c.c.*): senza che, in un caso e nell'altro, al compratore sia procurata la materiale disponibilità del bene.

A fronte di una lettura volta a privilegiare la fedeltà al sistema, che considera sufficiente ad integrare "consegna" (ai fini e per gli effetti del controllo di conformità, di cui alla

¹⁴⁸ A. LUMINO, *op. cit.*, p. 845.

¹⁴⁹ Si tratterebbe, in buona sostanza, di un'ipotesi analoga all'attività di "conformazione" della consegna anticipatamente eseguita, che l'art. 37 della Convenzione di Vienna (come già prima, il medesimo articolo della Legge uniforme sulla vendita internazionale di beni mobili corporali - Luvii, approvata dalla Conferenza dell'Aja nel 1964, e l'art. 35 del Progetto U N C I T R A L) riconosce come potere spettante al venditore sino alla data prevista per la consegna (cfr. sul punto L. A. SCARANO, *Commento all'art. 37*, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, *cit.*, p. 161 ss.).

norma in commento) il realizzarsi della fattispecie legale di consegna, liberatoria¹⁵⁰, prevale tra i primi commentatori la tesi opposta, che giudica invece necessaria l'acquisizione dell'effettiva disponibilità materiale del bene da parte del consumatore¹⁵¹. La soluzione, non può che approvarsi: in primo luogo, per coerenza alla *ratio* della riforma, complessivamente migliorativa della posizione dell'acquirente-consumatore, che necessariamente induce a rivalutarne l'interesse sostanziale, e dunque a restringere al massimo l'operatività di congegni (quali la consegna liberatoria) fondati su una palese dissociazione tra effetto giuridico, estintivo dell'obbligazione (di consegna), e realizzazione effettiva del sottostante interesse creditorio; in secondo luogo, in ossequio alla stessa logica applicativa dei rimedi, che presupponendo, per la propria esperibilità in concreto, la possibilità di procedere alla verifica di conformità del bene, ragionevolmente vedranno collocato il *dies a quo* di tale esperibilità al momento della consegna materiale¹⁵²; in terzo e ultimo luogo, per ragioni storiche, se è vero, come finemente sottolineato, che l'ampliamento della tutela del consumatore "si limita a cancellare un privilegio che la produzione aveva ricevuto dalle legislazioni del '900, allorché, in deroga alla legge civile, era stata autorizzata a liberarsi dalla obbligazione di consegna prima che gli acquirenti ne conseguissero la materiale disponibilità"¹⁵³.

Non resta, a questo punto, che affrontare il vero problema che il 5° comma della norma in commento solleva: esso si pone in tutta la sua gravità, come si diceva, sul piano sistematico, investendo i rapporti tra la determinazione temporale, cui la nuova normativa sembra estendere (ancorandovi la valutazione di conformità) la responsabilità dell'alienante, e la previgente disciplina codicistica (che lo stesso *considerando* n. 12 della direttiva lasciava espressamente impregiudicata), in tema di trasferimento del rischio.

Certamente, in un sistema retto dal principio *res perit domino*, pur variamente graduato nelle diverse sequenze traslative previste all'art. 1465 c.c., l'estensione temporale della responsabilità del venditore al tempo della consegna introduce una vistosa deviazione: il professionista, dovendo rispondere di qualsiasi difetto il bene presenti al momento

¹⁵⁰ In questo senso G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto*, cit., p. 153 ss.; parziale adesione (a quanto sembra) in R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 53, la quale peraltro giudicava la tesi opposta come "maggiormente conforme alla *ratio* consumeristica" della riforma (ivi, alla nota 12).

¹⁵¹ La sostengono, tra gli altri, A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 62; L. CABELLA PISII, *op. cit.*, p. 40 s.; F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵² In questo senso deporrebbe la previsione di cui all'art. 1519-*sexies* c.c. (e così andrebbe interpretato il richiamo alla consegna da essa operato), secondo A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. loc. ult. cit.*, pena, in caso contrario, dover accogliere all'interno di un medesimo provvedimento, due significati diversi per lo stesso termine, disattendendo, oltre tutto, la continuità di interpretazione rispetto al precedente immediato cui la norma appare ispirarsi (l'art. 39, 2° comma, della Convenzione di Vienna, che espressamente menziona la consegna *effettiva*).

della consegna materiale all'acquirente, finirà per sopportare sino ad allora il rischio del deterioramento e/o perimento del bene stesso, da qualsiasi causa derivati.

La gravità di tale impatto sistematico aveva indotto parte della dottrina, anteriormente al recepimento, ad auspicare differenziazioni di disciplina, distinguendo tra difetti insorti anteriormente al trasferimento, ai quali si sarebbe potuta applicare l'idea di una responsabilità per difetto di conformità ed il connesso nuovo sistema dei rimedi, e difetti insorti successivamente al trasferimento (anche se anteriormente alla consegna), in ordine ai quali l'applicazione di tali rimedi avrebbe potuto ammettersi solo nei casi in cui il difetto derivasse dall'inadempimento di una diversa specifica obbligazione (ad es. di custodia o di installazione); differenziazioni che la direttiva volutamente aveva ignorato e che la novella approvata non sembra aver introdotto¹⁵⁴. Le istanze di coordinamento sistematico si accompagnavano per altro all'auspicio, rivolto al legislatore dell'attuazione, di assumere la nuova disciplina come modello per una riforma integrale della garanzia nel tipo contrattuale: e, in effetti, se la riforma si fosse estesa, nel senso disegnato dalla direttiva, ad ogni specie di compravendita, non si sarebbe potuta evitare la sfasatura temporale tra limite ultimo della responsabilità del venditore (estesa al tempo della *traditio*) ed assunzione del rischio da parte dell'acquirente (determinata dal momento, e dall'effetto, del passaggio di proprietà)¹⁵⁵.

A *posteriori* la discontinuità sistematica introdotta dalla riforma appare meno stridente, in quanto limitata dal legislatore alla fattispecie sub-tipica della vendita di beni di consumo, e giustificata dalla logica del tutto peculiare di composizione degli interessi ad essa sottesa¹⁵⁶. In ragione di ciò, potrà convenirsi con quanti ritengono che per effetto della novella sia venuta meno, con specifico riguardo al sottotipo *de quo*, la distinzione tra vizi preesistenti e vizi sopravvenuti al trasferimento, assorbita dall'unitaria nozione di difetto di conformità al momento della consegna; e che il venditore sarà quindi chiamato a rispondere di qualsiasi difformità possa ritenersi presente nel momento della consegna materiale del bene al consumatore, momento al

¹⁵³ Sono ancora parole di F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 25 ss. in cui si ripercorre in sintesi tale parabola legislativa.

¹⁵⁴ Le distinzioni più coerenti al sistema del codice, ed appena richiamate nel testo, venivano proposte da A. LUMINOSO, in *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE*, cit., pp. 104, 107 e 110, e in *Riparazione o sostituzione*, cit., pp. 846 ss. e 857 s.

¹⁵⁵ Si vedano, tra le molte voci favorevoli ad un'estensione generalizzata della nuova disciplina ad ogni tipo di compravendita, anzi al tipo compravendita *tout court*, quelle di M. BIN, *op. cit.*, p. 405; M. G. FALZONE CALVISI, *op. cit.*, p. 455; R. CALVO, *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, in *Contr. e impr./Europa*, 2000, p. 463; R. FADDA, *op. cit.*, p. 427.

¹⁵⁶ E ciò segna, in qualche misura, il recepimento delle opposte istanze di chi, in pendenza dell'attuazione, additava al legislatore la via della riforma di settore, che lasciasse inalterato il regime della compravendita in generale, proprio in ragione della radicale diversità dell'operazione economica sottesa alla vendita di beni di consumo (G. DE NOVA, *La recezione della Direttiva sulle garanzie nella vendita dei beni di consumo*, cit., p. 767 s., e a L. CABELLA PISU, *op. cit.*, p. 40; G. AMADIO, *La "conformità al*

quale il legislatore ha ancorato il relativo giudizio¹⁵⁷. L'ipotesi normativa si rivelerà idonea a ricomprendere un ampio spettro di fattispecie: al caso di difetti già manifesti al tempo della consegna, dovrà equipararsi quello del difetto che si manifesti successivamente, ma la cui causa possa dimostrarsi già esistente in quel momento¹⁵⁸. E in entrambi i casi opererà, in favore del consumatore, la presunzione di cui al terzo comma dell'art. 1519-sexies c.c.¹⁵⁹.

La nuova disciplina conduce, ovviamente, a disapplicare alle vendite di beni di consumo quelle norme in tema di trasferimento del rischio che con essa risultino incompatibili: non solo, come da più parti sottolineato, la disposizione generale di cui all'art. 1465 c.c., che ne sancisce la coincidenza con il prodursi dell'effetto traslativo¹⁶⁰, ma anche singole norme particolari, quale l'art. 1673 c.c., che in tema di appalto assume il diverso riferimento temporale dell'accettazione del committente, o della costituzione in mora dello stesso nell'accettazione, e che pure risulterebbe ricompresa (*ex art. 1519-bis, 1° comma, c.c.*) nell'ambito oggettivo di applicazione della riforma¹⁶¹.

In conclusione, potrà dirsi che unico presupposto oggettivo per l'esperibilità dei rimedi volti al ripristino è la presenza di un difetto di conformità rilevante (alla luce dei parametri stabiliti dall'art. 1519-ter c.c.) al momento della consegna materiale del bene: a nulla rilevando il tempo del suo insorgere, o il suo derivare da circostanze fortuite, piuttosto che da cause imputabili al venditore, con l'unico limite (stabilito dal 3° comma dell'art. 1519-ter c.c.) segnato dalla conoscenza o conoscibilità del difetto da parte dell'acquirente, ovvero dal dipendere di esso da istruzioni o materiali da questi forniti. In definitiva la disposizione in questione sembra aver configurato, per la prima volta, la conformità al bene venduto come obbligazione primaria del venditore.

Il problema dommatico è rilevante.

Per effetto del principio traslativo, accolto dal nostro ordinamento, il consenso legittimamente manifestato determina il trasferimento del diritto dal venditore al compratore. Quest'ultimo, quindi, acquista la proprietà del bene in quel momento; nessuna obbligazione primaria ulteriore sussiste in capo ad esso. E difatti, storicamente, la garanzia

contratto" tra garanzia e responsabilità, in *Contr. imp./Europa*, 2001, p. 12 ss. e in seguito anche in *Difetto di conformità*, cit. p. 908 s., e *ivi* nota 138).

¹⁵⁷ Si vedano, in tal senso, A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 7, nota 9; L. CABELLA PISU, *op. loc. ult. cit.*; R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 56; A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 62 ss.; analogamente, anche se in termini meno netti, C. LEO, *op. cit.*, p. 27 ss.

¹⁵⁸ Si tratta di estendere alla nuova disciplina un'equiparazione nota alla dottrina in ordine alla disciplina ordinaria della garanzia per vizi (cfr. per tutti C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, 2° ed., Torino, 1993, p. 885 ss.), secondo quanto proposto da A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 65 e da R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 51, nota 9.

¹⁵⁹ V. ancora A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 66 s.

¹⁶⁰ Così, ad es., L. CABELLA PISU, *op. loc. ult. cit.*; C. LEO, *op. loc. ult. cit.*; implicitamente anche A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 63 s.

per vizi e quella per evizione costituiscono obbligazioni accessorie e secondarie. Viceversa, secondo la nuova disciplina la conformità sembrerebbe assurgere a ruolo di obbligazione primaria. Per potere svolgere questa affermazione sarebbe, però, necessario - e questo non è il luogo - coordinare tale disciplina con le categorie dommatiche di cui la nostra dottrina si è servita e in particolare, la disciplina dell'inadempimento¹⁶².

La questione è spinosa in quanto in definitiva inerisce al rapporto tra il principio del consenso traslativo (art. 1376, letto in combinato con l'art. 1465) e la prestazione del venditore, ovvero "l'obbligo di consegnare ... beni conformi al contratto di vendita", di fronte ai quesiti consistenti nelle domande "quando è liberato il venditore? (*rectius*: quando avviene il passaggio del rischio?)" e "da quando decorre il termine prescrizione e di decadenza?".

Ritengo che la risposta sia contenuta nel primo comma dell'art. 1519^{quater}, cioè "esistente al momento della consegna del bene" (e quindi dal momento della consegna). Allo stesso modo espressamente il 1° comma dell'art. 1519 ^{sexies} c.c. (due anni dalla consegna del bene). Si crea perciò una discrepanza giuridica, frutto della differenza temporale tra il momento della conclusione del contratto (*in idem placitum*) e il momento della consegna, (tante volte questo sia successivo al primo), configgente con il principio del consenso traslativo, che vorrebbe che il passaggio del rischio avvenisse già al momento dell'acquisto, prescindendosi da quello successivo della consegna, come disposto dall'art. 1465 e 1376 c.c. E così il portato della novella ritengo prevarrà sulle norme codicistiche in tema di passaggio del rischio quale norma speciale, sicchè almeno per quanto riguarda l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di questa continuerà a risponderne il venditore sino al momento della consegna. La detta ricostruzione mi sembra altresì aderente allo spirito della legge, intesa a rafforzare la tutela dell'acquirente.

¹⁶¹ Lo sottolineano A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 64 s

¹⁶² Sulla questione si rinvia ai contributi che al tema hanno dedicato attenzione: A. LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa*, cit., p. 837 ss.; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, cit., p. 863 SS.; ID., *La "conformità. al contratto" tra garanzia e responsabilità*, cit., p. 10; R. DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 53 ss., pur con tutte le riserve che l'A. collega a una prima riflessione, è incline a considerare acquisita al sistema, anche alla luce di valutazioni comparatistiche e di una non recente giurisprudenza italiana, la configurabilità di un'obbligazione di consegnare cose conformi al contratto, coane obbligazione inclusa in quella di consegna in senso proprio. Tale idea consentirebbe di superare i dubbi posti dalla configurabilità di una obbligazione del venditore volta ad assicurare la conformità che, in quanto tale, sembrerebbe priva "di una prestazione in senso tecnico-giuridico". L'idea dell'A., quindi, è nel senso di configurare il difetto di conformità non già nell'orbita dell'inesatta attuazione dell'attribuzione traslativa, ma nell'"orbita dell'inesatta esecuzione dello scambio contrattuale. Secondo questa impostazione il difetto di conformità verrebbe riguardate come momento di emersione di una divaricazione tra il momento programmatico è quello esecutivo dello scambio, il quale deve essere accertato, indipendentemente dalla sua preesistenza al momento della conclusione del contratto o del quo successivo manifestarsi, "al momento attuativo dell'obbligo di consegna".

Capitolo terzo

La fattispecie particolare della garanzia per la vendita di beni usati

6 - La vendita di beni usati

L'art. 1519-bis ultimo comma c.c. dispone che “le disposizioni del presente paragrafo si applicano alla vendita di beni di consumo usata, tenuto conto del tempo del progresso utilizzo, limitatamente ai difetti non derivanti dall'uso normale della cosa”.

Le nuove norme del codice civile (ora Codice di Consumo) si applicano alle vendite di beni di consumo usati da un professionista a un consumatore.

Le disposizioni della direttiva e del decreto di attuazione che disciplinano espressamente la vendita di beni di consumo usati sono poche.

L'art. 1 della direttiva, ad esempio, prevede che “gli Stati membri possono stabilire che nei "beni di consumo" non sono inclusi i beni usati, venduti in un'asta alla quale il consumatore abbia la possibilità di assistere personalmente”. Come si vedrà più avanti, il legislatore italiano ha ritenuto di non avvalersi di tale facoltà. Pertanto, in Italia, le nuove norme troveranno applicazione anche ai beni usati venduti in un'asta.

L'art. 7 (1 della direttiva), dispone che “gli Stati membri possono prevedere che, nel caso di beni usati, il venditore e il consumatore possono concordare condizioni contrattuali o accordi che impegnino la responsabilità del venditore per un periodo di tempo inferiore a quello di cui all'articolo 5, paragrafo 1. Tale periodo abbreviato non può essere inferiore a un anno”.

Tale disposizione è stata recepita dal legislatore italiano all'art. 1519-octies, 2° comma, c.c., in base al quale “Nel caso di beni usati, le parti possono limitare la durata della responsabilità di cui all'art. 1519 sexies comma primo, ad un periodo non inferiore a un anno”.

Nei considerando della direttiva, inoltre, vi è qualche cenno ai beni usati: al considerando numero 8, si osserva che “la qualità e le prestazioni che il consumatore può ragionevolmente attendersi dipenderanno tra l'altro dal fatto che il bene sia nuovo o usato”.

Al considerando numero 1.6, con riferimento ai rimedi esperibili dal consumatore, si precisa che “la particolare natura dei beni usati ne rende generalmente impossibile la sostituzione; che pertanto nel caso di siffatti beni il diritto del consumatore alla sostituzione

non é in genere esperibile; che per tali beni gli Stati membri possono consentire alle parti di convenire un periodo di responsabilità abbreviato”.

La direttiva e, conseguentemente, il decreto legislativo di recepimento, disciplinano in linea principale la garanzia nella vendita di beni di consumo nuovi, estendendo la disciplina prevista per questi ultimi - sia pure con alcune differenze - ai beni usati. Inizialmente l'ambito di applicazione della direttiva era limitato ai beni nuovi¹⁶³. L'estensione della disciplina prevista per i beni nuovi ai beni usati - come si vedrà meglio in seguito - è stata criticata e, comunque, determina alcuni problemi di coordinamento.

Ad un primo esame, il fatto che i beni usati siano inclusi nell'ambito di applicazione della direttiva e del decreto in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo non si configura come una particolare novità. Infatti, anche la garanzia prevista agli articoli 1490 ss. del codice civile, secondo dottrina e giurisprudenza, trova applicazione nella vendita di beni usati. In realtà, nella prassi commerciale della vendita di beni usati è stata assai frequente l'esclusione della garanzia, la sua limitazione temporale o ad alcune parti del bene (in genere quelle non soggette ad usura). L'inderogabilità delle nuove norme e, quindi, l'obbligo di prestare la garanzia per un periodo di due anni - o di un anno in caso di accordo con il consumatore - costituisce una novità di particolare rilievo per la vendita di beni di consumo usati, alla quale i venditori professionisti dovranno adeguarsi.

L'estensione della garanzia biennale ai beni di consumo usati - senza la possibilità di escluderla ma solo di limitarla nel tempo - è stata accolta in modo critico. L'inderogabilità della disciplina della garanzia per vizi in relazione ai beni di consumo usati appare particolarmente inadeguata in tutti quei casi in cui il consumatore acquista la proprietà di un bene di cui era in possesso da tempo, come, ad esempio, nel caso di colui che acquista un veicolo dopo averlo preso in noleggio per un lungo periodo. In questi casi, infatti, l'acquirente conosce lo stato del bene molto meglio del venditore. In tali ipotesi è auspicabile che, non essendo possibile escludere la garanzia, la giurisprudenza valuti attentamente l'opportunità di escludere la responsabilità del venditore sulla base del fatto che al momento della conclusione del contratto il compratore era a conoscenza del difetto di conformità o non poteva ignorarlo con la dovuta diligenza (v. art. 1519-ter, 3° comma, c.c.).

La direttiva e il decreto legislativo di recepimento costituiscono, sotto il profilo della iinderogabilità, un miglioramento della posizione del consumatore che acquista beni di

consumo usati da un professionista anche se, probabilmente, l'inderogabilità della garanzia ha dei risvolti negativi sul prezzo dei beni di consumo usati.

Occorre, inoltre, osservare che i beni usati oggetto di vendita tra un professionista e un consumatore possono essere estremamente diversi tra loro e, quindi, la garanzia assume un contenuto differente proprio in ragione della natura del bene. Infatti, tra i beni usati venduti da professionisti a consumatori vi sono, ad esempio, gli oggetti di antiquariato, tra i quali mobili, opere d'arte e gioielli, rispetto ai quali il rimedio della sostituzione o della riparazione sarà, in genere, escluso. Inoltre - e si tratta del mercato più significativo - altri beni di consumo usati venduti ai consumatori da professionisti sono le auto e i motocicli. È evidente che lo stesso concetto di difetto di conformità è diverso se riferito a un dipinto antico o a una vettura usata, così come diversi saranno i rimedi - tra quelli previsti dalle nuove norme - che verranno più frequentemente applicati a questi beni.

Nel presente contributo verranno commentate le norme che disciplinano la garanzia nella vendita di beni di consumo usati, rinviando, per quanto necessario, agli altri commenti. Particolare attenzione verrà dedicata al mercato dei beni ; usati più importante dal punto di vista economico e sociale, cioè la vendita di autoveicoli usati.

6.1 segue: i beni usati venduti a un'asta

La direttiva prevede la facoltà per gli Stati membri di escludere dall'ambito di applicazione delle norme sulla garanzia nella vendita di beni di consumo beni usati venduti in un'asta alla quale il consumatore abbia la possibilità di assistere personalmente. Il legislatore italiano, come detto, ha ritenuto di non avvalersi di tale facoltà. L'art. 1 (3) della direttiva, che consente agli Stati membri di escludere dalla definizione di bene di consumo i beni usati venduti a un'asta, è formulato male. Infatti, non si intendeva escludere un tipo di bene dall'ambito di applicazione della direttiva, bensì di escludere una particolare modalità di vendita¹⁶⁴. La norma, inoltre, sembra fare riferimento alle vendite all'asta di oggetti d'arte e di antiquariato. In realtà, gli Stati che si sono avvalsi della facoltà di escludere le vendite all'asta di beni usati dall'ambito di applicazione delle nuove norme sulle garanzie saranno probabilmente chiamati ad

¹⁶³ G. BRÜGGEMEIER, *Zur Reform des deutschen Kaufrechts*, cit., p. 532, ricorda che il libro verde della Comunità Europea prendeva in considerazione esclusivamente beni nuovi.

affrontare problemi nuovi¹⁶⁵. Infatti, non è difficile immaginare che in certi settori le modalità della vendita all'asta potrebbero conoscere maggiore diffusione, proprio in ragione della possibilità di escludere le nuove norme sulla garanzia. Inoltre, si dovrà verificare l'applicabilità delle nuove norme alle c.d. aste on-line. Le aste su internet sono abbastanza diffuse e hanno ad oggetto i beni più diversi: le automobili, gli elettrodomestici, i computer, ecc. A tale riguardo l'attenzione dovrà concentrarsi sul significato delle parole "asta alla quale il consumatore abbia la possibilità di assistere personalmente" (art. 1 della direttiva). Si tratta, in sostanza, di aste pubbliche, alle quali può partecipare chiunque¹⁶⁶. Il consumatore che prende parte a un'asta on-line, partecipa e assiste direttamente all'asta, sia pure per mezzo di uno strumento informatico, e può intervenire nello svolgimento della stessa. Pertanto, non si dovrebbe dubitare che anche le aste on-line sono aste alle quali il consumatore può assistere personalmente, cioè può parteciparvi direttamente¹⁶⁷. Non è quindi da escludere che possa ulteriormente svilupparsi, ad esempio, la vendita di autoveicoli usati all'asta, eventualmente anche on-line. Il problema, come detto, non riguarda l'Italia, poiché le nuove norme del codice civile, si applicano anche ai beni di consumo usati venduti in un'asta.

Inoltre, è opportuno ricordarlo, sono esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina della vendita di beni di consumo i beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità dalle autorità giudiziarie, anche mediante delega ai notai (art. 1519-bis, 2° comma, lett. b), n. 1 c.c.).

Di seguito verranno esposti brevemente alcuni aspetti particolari della garanzia per vizi prevista dall'art. 1490 ss. c.c. in relazione ai beni usati. Le suddette norme restano applicabili alle vendite tra professionisti, alle vendite da consumatore a professionista nonché alle vendite tra consumatori. Successivamente, verranno esaminate le nuove

¹⁶⁴ D. STAUDENMAYER, *EG-Richtlinie 1999/44 EG zur Vereinheitlichung des Kaufgwdhrleistungsrecht*, in *Europäisches Gewährleistungsrecht*, cit., p. 33.

¹⁶⁵ Il § 474 BGB, nella versione entrata in vigore il 1° gennaio 2002, recita: Definizione di vendita di bene di consumo. Quando un consumatore acquista da un imprenditore una cosa mobile (vendita di bene di consumo) trovano applicazione integrativa le disposizioni seguenti. Ciò non vale per i beni usati che vengono venduti a un'asta pubblica alla quale il consumatore può partecipare personalmente. I §§ 445 e 447 non trovano applicazione alle compravendite regolate in questo sottotitolo. È interessante osservare che nel testo del § 474 BGB è impiegato un verbo diverso rispetto alla versione tedesca della direttiva. Mentre la direttiva ha utilizzato il verbo "beiwohnen", che lascia intendere la necessità della presenza fisica del consumatore all'asta, il testo del BGB ha adottato il più generico "teilnehmen", cioè partecipare, prendere parte.

¹⁶⁶ PALAKBr, *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergdnzungsband zu Palandt, BGB, 61" ed.*, München, 2002, p. 279.

¹⁶⁷ A. SCHWARTZE, *Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa*, cit., p. 554, ritiene che le aste on-line di beni usati non rientrino tra le aste escluse dall'ambito dell'applicazione della direttiva, poiché il consumatore non è presente fisicamente all'asta. Peraltro, le sue osservazioni sono riferite al testo della direttiva (che impiega il verbo beiwohnen) e non al nuovo § 474 BGB che, invece, ha adottato il più generico teilnehmen. G. BRUGGEMEIER, *Das neue Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., p. 1385, esclude l'applicazione delle nuove norme alle aste on-line senza fornire particolari motivazioni. Secondo H.P. WESTERMANN, *Das neue Kaufrecht*, cit., p. 242, nota 8, le norme sarebbero applicabili soltanto ad aste che si svolgono in un procedimento regolato dalla legge come ad esempio le procedure esecutive, mentre non troverebbero applicazione ad aste private. In realtà, ai sensi dell'art. 1, (2), lett. b) della direttiva in questione non sono beni di consumo "i beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità dalle autorità giudiziarie".

norme del codice civile (ora Codice del Consumo) , illustrando i problemi che si pongono in relazione ai beni usati.

6.2 segue: La disciplina della garanzia per vizi nel codice civile e i beni usati

Le nuove norme del codice civile trovano applicazione alle vendite di beni di consumo usati tra professionisti e consumatori. Nelle altre ipotesi, ovvero nelle vendite di beni (di consumo) usati tra professionisti, tra consumatori o da consumatore a professionista, sono applicabili gli artt. 1490 ss. c.c. e, dunque, sussiste la possibilità di escludere la garanzia per vizi.

Nel codice civile del 1942 non vi è distinzione tra beni nuovi e usati e nei manuali e in alcune trattazioni sulla vendita non si fa cenno ai beni usati¹⁶⁸.

In passato si è ritenuto che la vendita di beni usati potesse presumersi come vendita a rischio e pericolo del compratore e, quindi, che la garanzia per vizi fosse esclusa¹⁶⁹. La giurisprudenza, inoltre, si è dovuta confrontare con delle clausole diffuse nella pratica commerciale, formulate in vario modo (tale e quale, nello stato in cui si trova, come sta e giace) e ha dovuto verificare la loro idoneità ad escludere la garanzia per vizi desumendo, a volte, l'esclusione tacita della garanzia da elementi quali la tenuità del prezzo¹⁷⁰. Ritenendo che le garanzie sono fondate sul fatto che l'immunità da vizi corrisponde alla normalità degli scambi e che la relativa promessa o assicurazione del venditore deve ritenersi implicita, è stato osservato che l'assicurazione implicita può mancare quando dall'entità della controprestazione o da altri elementi obiettivi (l'acquisto di rottami, l'acquisto da un venditore di cose usate, la viltà del prezzo) è possibile desumere che il venditore non la abbia prestata¹⁷¹. In realtà, tali fatti non consentono di desumere senz'altro l'esclusione tacita della garanzia per vizi.

È stato correttamente rilevato che “il riferimento al bene come usato significa che la promessa del venditore è determinata dallo stato del bene conseguente al suo uso e che le qualità si intendono quindi ridotte in ragione dell'usura”¹⁷². Il tempo di usura o l'intensità

¹⁶⁸ Ad esempio, in A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 1998, l'unico riferimento ai beni usati è alla nota 1, p. 273, in cui è citata la massima di una sentenza della Corte di cassazione: "La garanzia per vizi è operante anche nella vendita di cose usate, dovendo distinguersi il vizio dal logorio dovuto al normale uso", v. Cass. 24 gennaio 1995, n. 806. V. anche A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2003, p. 267.

¹⁶⁹ Per un esame comparatistico sull'applicazione della garanzia per vizi ai beni usati v. E. RABEE, *Das Recht des Warenkaufs*, II, Tübingen, 1958, p. 180 ss.

¹⁷⁰ V. Pret. Firenze 13 dicembre 1926, in *Rep. Foro it.*, 1926, n. 402, citata in G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* a cura di F. Vassalli, Torino, 1937, p. 179, nota 10.

¹⁷¹ R. LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 247

¹⁷² C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, 2' ed. in *Trattato di diritto civile italiano* a cura di F. Vassalli, VII, 1, Torino, 1993, p. 924.

della stessa determina, quindi, le qualità della cosa e incide inevitabilmente sul contenuto della garanzia. Gli elementi obiettivi, indicati da alcuni autori come possibile indice di esclusione della garanzia, sono, al contrario, da utilizzarsi nella delimitazione della garanzia; tenendo conto dello stato del bene conseguente al suo uso. La garanzia potrà, quindi, arrivare ad avere un contenuto minimo in considerazione della particolare vetustà del bene, del valore modesto dovuto al logorio ecc., ma non per questo può ritenersi che la garanzia sia stata tacitamente esclusa. Recentemente la Corte di Cassazione ha correttamente affermato che non può ritenersi che "l'acquisto a rischio e pericolo dell'acquirente costituisca condizione normale della vendita dell'usato: il riferimento al bene come usato non significa affatto che non è dovuta la garanzia *ex art. 1490*, primo comma, c.c."¹⁷³.

Per i beni usati la maggiore difficoltà consiste nel distinguere il vizio o la mancanza di qualità, che rientra nell'ambito della garanzia e consente al compratore di avvalersi dei rimedi previsti dalla legge, e il difetto o l'inconveniente dovuto al logorio che è conseguenza dell'uso normale della cosa, per il quale il compratore ovviamente non può ricorrere ai rimedi previsti dalla garanzia.

In giurisprudenza si è osservato che "anche nella vendita di cose mobili usate è operante la garanzia per vizi ... dovendo essere distinto il vizio della cosa dal logorio di essa dovuto al normale uso"¹⁷⁴. Nella pratica questa distinzione non sempre risulta agevole e spesso potrà risultare decisiva una consulenza tecnica.

La disciplina della garanzia ha carattere dispositivo e, proprio con riferimento ai beni usati, la sua applicazione è stata spesso esclusa.

In alcuni settori, come quello delle automobili, la richiesta da parte dei consumatori di una garanzia sul bene usato è stata particolarmente frequente. Per rispondere a tale richiesta, prima dell'entrata in vigore delle nuove norme, sono state sviluppate diverse forme di garanzia, che non di rado prevedevano l'esclusione di parti del veicolo dalla garanzia (soprattutto quelle soggette ad usura), oppure, a seconda della vetustà del veicolo, veniva offerto un periodo di garanzia corrispondentemente più breve. Ovviamente, nelle vendite di beni di consumo usati da professionista a consumatore, tali forme di garanzia non potranno più essere impiegate, in quanto non corrispondono alle nuove norme del c.c., sia per quanto riguarda la loro estensione

¹⁷³ Cass. 24 gennaio 1995, n. 806, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 151.

materiale che quella temporale. Nella prassi del settore delle automobili si è diffusa, nel corso degli ultimi anni, la c.d. garanzia-assicurazione cioè la stipula di una polizza assicurativa in favore del compratore dell'auto usata a garanzia delle eventuali riparazioni da eseguire entro un determinato periodo¹⁷⁵. Tali polizze oggi possono eventualmente aggiungersi - nei limiti in cui siano più favorevoli al consumatore - come garanzia convenzionale a quella prevista dalla legge, ma certamente non possono sostituirla. Probabilmente tale forma di garanzia verrà meno e in genere sarà il venditore a stipulare una polizza per coprire il rischio degli interventi che dovrà eseguire nel periodo di garanzia.

In conclusione, la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato due criteri utili a delimitare l'estensione della garanzia in relazione ai beni usati, cioè lo stato di usura del bene compravenduto, che ne determina le caratteristiche, e la distinzione tra vizio e inconveniente dovuto al logorio della cosa derivante dal normale uso della stessa. Gli stessi criteri, come si vedrà in seguito, sono stati espressamente previsti dalla direttiva 1999/44/CE.

Nella vendita di beni usati cui si applica l'art. 1490 ss. c.c. il compratore dovrà porre attenzione al fatto che il termine per la denuncia del vizio è soltanto di otto giorni, rispetto ai due mesi previsti nella vendita di beni di consumo usati. Nella vendita di beni di consumo usati la durata della garanzia è di due anni ma le parti possono concordare la durata di un anno. Inoltre, il termine di prescrizione è di un anno, mentre nella vendita di beni di consumo è di due anni. Le differenze maggiori tra la garanzia nella vendita e quella nella vendita di beni di consumo consistono nei rimedi previsti a favore del compratore. I problemi della garanzia prevista all'art. 1490 ss. c.c., cioè la distinzione tra vizio, difetto di qualità, mancanza di qualità promesse, l'esclusione dall'ambito di applicazione della garanzia della prestazione di *aliud pro alio*, sono stati risolti nella garanzia di beni di consumo. Resta, invece, da chiarire se la nuova disciplina trova applicazione anche ai vizi giuridici.

L'art. 1519-bis, ultimo comma, c.c. stabilisce che “le disposizioni del presente paragrafo si applicano alla vendita di beni di consumo usati, tenuto conto del tempo del progresso utilizzo, limitatamente ai difetti non derivanti dall'uso normale della cosa”.

¹⁷⁴ Cass. 24 gennaio 1995, n. 806, in *Mass. Giust. riv.*, 1995, p. 151. Sulla applicabilità della garanzia prevista dagli artt. 1490 e 1491 c.c. ai beni usati v. Cass. 20 febbraio 1997, n. 1561, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 281; Cass. 10 marzo 1987, n. 2473, in *Arch. giur. circ.*, 1987, p. 470; Cass. 9 aprile 1974, n. 990, in *Giur. it.*, 1974, 1, 1, c. 1473.

¹⁷⁵ K. RHINKING e L. EGGERT, *Der Autokauf, Düsseldorf*, 1990.

Si tratta, come detto, degli stessi criteri individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione alla garanzia per vizi nella vendita di beni usati.

Il testo della norma, contiene, infatti, un riferimento di carattere temporale. Il contenuto della garanzia nella vendita di beni di consumo usati verrà individuato nei singoli casi., tenendo conto del tempo del pregresso utilizzo del bene. Il tempo del pregresso utilizzo è un parametro che consente di individuare la qualità e le caratteristiche del bene compravenduto e di determinare la qualità e le prestazioni che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi dal bene usato e, quindi, permette di stabilire rispetto a cosa deve essere valutata la conformità o non conformità. È ovvio¹⁷⁶, infatti, che la qualità e le prestazioni di un bene usato sono diverse da quelle di un bene nuovo e, quindi, è necessariamente diverso il parametro di valutazione della conformità.

L'ambito di applicazione delle nuove norme, inoltre, è limitato ai difetti che non derivano dall'uso normale della cosa. Se la giurisprudenza ha finora tenuto distinto il vizio dal logorio della cosa derivante dal normale uso oggi nelle vendite di beni di consumo usati occorrerà tenere distinto il difetto di conformità dal logorio della cosa derivante dal normale uso. È evidente che la garanzia per vizi e la garanzia contro il difetto di conformità del bene non sono una forma di assicurazione contro l'invecchiamento e il logorio della cosa. Pertanto, tutti quegli inconvenienti che sono dovuti al logorio derivante dall'uso normale della cosa non rientrano nell'ambito della garanzia, anche se nella pratica, come detto, spesso è difficile accertare se l'inconveniente è dovuto al logorio derivante dal normale uso della cosa o meno.

Il venditore di un bene usato a cui viene chiesto un intervento in garanzia dovrà quindi anzitutto verificare se, tenuto conto dello stato in cui si trovava il bene (ad es. l'autoveicolo) al momento della compravendita, l'inconveniente lamentato dal consumatore può essere considerato come difetto di conformità o se, invece, deve ritenersi che si tratti di un inconveniente dovuto al pregresso utilizzo della cosa. Inoltre, il venditore dovrà verificare se, in base alla sua esperienza, l'inconveniente lamentato dal compratore rientra tra quelli che derivano dall'uso normale della cosa protratto nel tempo. In caso affermativo, potrà rifiutare l'intervento in garanzia chiesto dal consumatore. Nel dubbio, al fine di evitare costi ulteriori, è consigliabile adempiere gli obblighi di garanzia.

¹⁷⁶ A. ZACCARIA, sub art. 1519-bis, in *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian e A. Trabucchi, Padova, 2002, p. 1493.

Il venditore di beni usati, come quello di beni nuovi, deve consegnare beni conformi al contratto di vendita.

Anche nella vendita di beni usati trova applicazione la “presunzione” di conformità dei beni quando ricorrono le circostanze elencate alle lettere a), b), c) e d) dell'art. 1519-ter, 2° comma, c.c.

In particolare, per quanto riguarda i beni usati, oltre alla lett. a) dell'art. 1519-ter, 2° comma, c.c. secondo cui il bene è conforme al contratto quando è idoneo all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo, assumono particolare rilevanza le lettere b) e c). Infatti, il bene è conforme al contratto se è conforme alla descrizione fatta dal venditore e possiede le qualità del bene che il compratore ha presentato come campione o modello (art. 1519-ter, 2° comma, lett. b c.c.). Inoltre, il bene è conforme al contratto se presenta le qualità e le prestazioni abituali di un bene (usato) dello stesso tipo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene (usato). Infine, non vi è difetto di conformità se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era a conoscenza del difetto o non poteva ignorarlo con l'ordinaria diligenza. Nel caso di specie, l'uso del termine “presunzione” appare improprio. Non vi è un fatto noto dal quale trarre conseguenze in ordine a un fatto ignoto¹⁷⁷. In realtà non sembra si tratti neanche di una presunzione semplice, volta a disciplinare l'onere della prova. Infatti, non vi sono modificazioni nella ripartizione dell'onere della prova. In base alla direttiva e alle norme di attuazione, è il consumatore che intende agire in giudizio a dover fornire la prova della esistenza del difetto di conformità, fatta salva l'agevolazione, per un periodo di sei mesi, nella prova del fatto che il difetto di conformità esisteva al momento della consegna del bene, prevista all'art. 1519-sexies 3° comma, c.c. Non si tratta dunque di presunzione in senso proprio ma, più semplicemente, della descrizione dell'adempimento del venditore, ribadendo che esso consiste nella consegna di beni conformi al contratto. In sostanza si afferma che il venditore è adempiente se i beni di consumo consegnati sono conformi a quanto espressamente pattuito dalle parti o, in assenza di pattuizioni, a quanto previsto dalla legge. L'art. 1519-ter c.c. più che stabilire una presunzione ribadisce la norma di responsabilità del venditore di beni di consumo, cioè l'obbligo di consegnare beni

¹⁷⁷ In tema di presunzioni v. S. PATTI, *Prova testimoniale. Presunzioni*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, sub art. 2727 c.c., Bologna-Roma, 2001, p. 77 ss.

conformi al contratto¹⁷⁸. In assenza di una pattuizione sulle qualità del bene, l'art. 1519-ter c.c. offre i parametri per valutare la conformità del bene al contratto e, quindi, l'adempimento del venditore¹⁷⁹. L'art. 1519-ter c.c. fornisce, con maggiore dettaglio, i parametri per valutare l'adempimento del debitore in assenza di precise pattuizioni delle parti e dunque rileva come criterio di responsabilità.

Una descrizione accurata del bene usato compravenduto può mettere il venditore al riparo da responsabilità sotto diversi profili. Infatti, la descrizione esatta dello stato del bene compravenduto (ad es. la "scheda" dell'autoveicolo usato) può essere utile a delimitare l'estensione della garanzia. La descrizione del bene serve a individuare esattamente lo stato in cui esso si trova e, quindi, a stabilire il parametro di valutazione della conformità, offrendo altresì degli elementi per stabilire ciò che il consumatore può ragionevolmente attendersi dal bene usato compravenduto. Inoltre, la descrizione si presta per portare a conoscenza del compratore eventuali difetti e, in tal modo, escludere la responsabilità del venditore.

In generale, con riferimento all'art. 1519-ter, occorre osservare che, mentre in Italia è discusso se la norma abbia introdotto, fra gli obblighi del venditore, quello di consegnare cose esenti da vizi¹⁸⁰, in Germania, il legislatore ha espressamente stabilito che il venditore deve procurare al compratore la cosa libera da vizi materiali e giuridici¹⁸¹. L'identificazione dell'esatta natura della garanzia per vizi e il suo coordinamento con l'istituto generale della responsabilità per colpa hanno costituito, sia in Italia che in Germania, oggetto di un vivace dibattito dottrinale volto a trovare un'adeguata

¹⁷⁸ Nel testo del § 434 BGB non si rinviene la parola *Vermutung* (presunzione) né la parola *Beweislastumkehr* (inversione dell'onere della prova). Il § 434 BGB recita: Vizi della cosa "(1) La cosa è libera da vizi della cosa se, al momento del trasferimento del rischio, ha le caratteristiche pattuite. Se le caratteristiche non sono pattuite, la cosa è libera da vizi della cosa I. quando è idonea all'uso presupposto in base al contratto 2: quando è idonea all'uso abituale e se presenta le caratteristiche che sono usuali per cose dello stesso tipo e che il compratore può attendersi in base al tipo di cosa. Delle caratteristiche di cui al comma 2°, periodo n. 2, fanno parte anche le qualità che il compratore può attendersi dalla cosa in base alle dichiarazioni rese pubblicamente dal venditore, dal produttore (44, 1° e 2° comma, della legge sulla responsabilità da prodotto difettoso) o dal suo ausiliario, specialmente nella pubblicità o sull'etichetta a meno che il venditore non conosceva e non doveva conoscere la dichiarazione, che al momento della stipula del contratto la dichiarazione non sia stata rettificata a forma equivalente o che essa non poteva incidere sulla decisione riguardo all'acquisto.

(2) Un vizio della cosa sussiste anche allorché l'installazione pattuita non sia stata effettuata nel modo dovuto dal venditore o dal suo ausiliario. Riguardo ad una cosa che deve essere installata, il vizio della cosa sussiste anche allorché le istruzioni di installazione siano difettose a meno che l'installazione della cosa non sia stata effettuata in modo corretto.

¹⁷⁹ G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 60 ss., secondo il quale la "presunzione dell'art. 1519-ter, 2° comma, si risolverebbe in una serie di regole legali di integrazione del contratto". Sull'art. 1519-ter v. anche V. MARICONDA, *Conformità al contratto dei beni consumo e onere della prova*, cit., p. 1095 ss.

¹⁸⁰ A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 34 ss.

¹⁸¹ In Germania il recepimento della direttiva è stato coordinato e inserito nel sistema generale della riforma del diritto delle obbligazioni, entrata in vigore il 1° gennaio 2002 e particolare attenzione è stata dedicata alla terminologia. Infatti, più che alla "conformità al contratto" e al "difetto di conformità" è stato attribuito un ruolo centrale alla "*Beschaffenheit der Ware*" cioè alla qualità della merce, espressamente pattuita o che può essere desunta da circostanze obiettive nonché all'obbligo di consegnare la cosa priva di vizi. Sussiste un *Sachmangel* (vizio della cosa) se il bene non ha la *Beschaffenheit* (qualità) pattuita o desumibile dalle circostanze. Si noti, inoltre, che l'art. 1519-ter c.c. stabilisce che "Il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto" mentre, in modo più coerente al sistema, il § 433, frase 2, BGB stabilisce che il venditore deve procurare al compratore la cosa libera da vizi materiali e giuridici.

collocazione sistematica dell'istituto e a tracciare l'esatto rapporto con la responsabilità per colpa¹⁸².

Ernst Rabel, nei suoi studi comparatistici sulla vendita, osservò che "in nessun diritto nazionale è possibile tracciare una distinzione chiara e semplice tra vizi della cosa e inadempimento"¹⁸³.

La novità della riforma dello "Schuldrecht" è costituita dal fatto che mentre la vecchia disciplina della vendita conteneva regole particolari per la tutela del compratore in caso di vizi o di mancanza di qualità pattuite, che venivano distinte dalla disciplina generale delle obbligazioni e poste su un piano diverso rispetto all'inadempimento dell'obbligazione, oggi, invece, la responsabilità del venditore rientra nel solco della disciplina generale delle obbligazioni. L'attenzione si sposta dal vizio o dalla mancanza di qualità pattuite alla violazione di un obbligo derivante dal contratto di vendita, cioè l'inadempimento dell'obbligazione di consegnare la cosa priva di vizi materiali o giuridici. Le nuove norme sulla garanzia non costituiscono un sistema a sé, ma integrano e completano il sistema generale del diritto delle obbligazioni. A tale proposito, nella relazione della Commissione per la riforma del diritto delle obbligazioni si legge che la nuova disciplina della compravendita intende in particolar modo eliminare la disciplina autonoma della garanzia e far rientrare le pretese del compratore nel diritto generale delle obbligazioni.

La direttiva sulla garanzia nella vendita di beni di consumo usati sembra aver previsto - sia pure in modo implicito - l'obbligo di consegnare cose conformi al contratto. La garanzia, dunque, non sarebbe più un sistema di tutela del compratore autonomo e distinto rispetto ai rimedi esperibili a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione. Il legislatore tedesco ha compreso la portata innovativa della direttiva, la cui attuazione ha dato l'impulso decisivo per l'approvazione della riforma dello "Schuldrecht".

In Italia, invece, l'attuazione della direttiva pone dubbi a livello sistematico. Infatti, l'introduzione di un obbligo di consegnare beni conformi al contratto e la riconduzione della garanzia alla responsabilità per adempimento è avvenuta in modo probabilmente

¹⁸² In Germania v. T. SUB, *Wesen und Rechtsgrund der Getodbrleistung für Sachmängel*, cit.; W. KAISER, *Die Sachmängelhaftung und ihr Verhältnis zur allgemeinen Verschuldenshaftung bei Sachkauf, Miete und Werkvertrag*, Würzburg, 1933.

¹⁸³ E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, II, Bern-Tübingen, 1958, p. 283: "Heute lässt sich in keinem einzigen Landesrecht eine klare und einfache Unterscheidung von Sachmängeln und Nichterfüllung durchführen. Theorien und Gerichtsentcheidungen sind voll von Komplikationen und Unsicherheit".

inconsapevole. La garanzia per i beni di consumo usati si porrebbe in contrasto con il sistema della tradizionale garanzia per vizi e il sistema sarebbe divenuto disomogeneo¹⁸⁴. Ulteriori difficoltà di coordinamento si rilevano anche con riferimento alla ripartizione dell'onere della prova.

Nel sistema della direttiva non vi è dubbio che il compratore deve fornire la prova del difetto di conformità e la prova della sua esistenza al momento della consegna, salvo il caso della presunzione prevista all'art. 1519-sexies, 3° comma, c.c. In tal caso, si presume che i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene esistessero già a tale data.

Il sistema della garanzia nella vendita di beni di consumo appare riconducibile alla responsabilità per inadempimento ma il regime dell'onere della prova è in contrasto con il recente orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in tema di inadempimento e onere della prova¹⁸⁵. La Suprema Corte ha rilevato la necessità - anche per ragioni di carattere pratico - di un identico regime probatorio per i tre rimedi previsti all'art. 1453 c.c., cioè per la domanda di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno, in base al quale il creditore può limitarsi a dimostrare l'esistenza del titolo e ad allegare l'inadempimento, mentre grava sul debitore l'onere di provare l'esatto adempimento¹⁸⁶. Applicando questa regola sulla ripartizione dell'onere della prova alla vendita di beni di consumo usati, si dovrebbe ritenere che il compratore deve fornire la prova del titolo e allegare l'inadempimento, mentre graverebbe sul venditore l'onere di fornire la prova della conformità del bene al contratto. Una siffatta ripartizione dell'onere della prova appare più favorevole al consumatore rispetto a quella che risulta dal dato testuale dell'art. 1519-ter e 1519-sexies c.c.

I problemi richiamati sopra richiedono un approfondimento per il quale in questa sede non vi è spazio. In ogni caso appare evidente la necessità di approfondite riflessioni sul sistema della garanzia, sul rapporto tra la tradizionale garanzia per vizi e la garanzia nella

¹⁸⁴ A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/14/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 100.

¹⁸⁵ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769.

¹⁸⁶ Nella sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte si legge che "non è ragionevole attribuire diversa rilevanza al fatto dell'inadempimento a seconda del tipo di azione che viene in concreto esercitata. Se la parte che agisce per l'adempimento può limitarsi (come è incontrovertito) ad allegare (senza onere di provarlo) che adempimento non vi è stato, eguale onere limitato alla allegazione va riconosciuto sussistente nel caso in cui invece dell'inadempimento la parte richieda, postulando pur sempre che adempimento non vi è stato, la risoluzione o il risarcimento del danno", e che "si rivela quindi conforme all'esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento, senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore adempiente, fare applicazione del principio di riferibilità o di vicinanza della prova, ponendo in ogni caso l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento, e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, sia questa diretta all'adempimento o al risarcimento del danno, fornendo la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall'adempimento".

vendita di beni di consumo e la relazione di queste con la responsabilità per inadempimento.

A seguito dell'entrata in vigore delle nuove norme sulla garanzia, il più importante mercato dei beni usati, quello delle automobili, si sta adeguando alle nuove norme. Non potendo più escludere pattiziamente la garanzia né limitarla a parti del veicolo, probabilmente tenderanno a scomparire dal mercato dell'usato gli autoveicoli molto vecchi, rispetto ai quali la richiesta - anche ingiustificata - di interventi in garanzia produce comunque un costo elevato e un rischio di contenzioso per il rivenditore. Il rivenditore sottoporrà gli autoveicoli a un attento ricondizionamento, al fine di evitare il più possibile interventi in garanzia. Alcune case automobilistiche eseguiranno, certificandole o facendole certificare da società specializzate, una serie di prove sul veicolo per determinare la qualità e le caratteristiche del veicolo usato al momento della consegna al consumatore. La scheda dettagliata del veicolo potrà essere consegnata al compratore e allegata al contratto di compravendita, consentendo al rivenditore di delimitare il rischio derivante dall'applicazione delle nuove norme.

Inoltre, al fine di evitare l'applicazione delle nuove norme, è possibile prevedere che torni a diffondersi il "mandato a vendere". Il venditore di auto che al fine di vendere un autoveicolo nuovo ne ritira uno usato, si può far conferire un mandato a vendere. Se l'auto viene acquistata da un altro consumatore il contratto di compravendita si perfeziona tra due consumatori. Sarà il consumatore venditore (e non il venditore professionista) a dover prestare la garanzia in base alle vecchie norme del codice civile al consumatore acquirente. Occorre chiedersi se una siffatta elusione dell'applicazione delle nuove norme sia legittima o meno. In realtà, lo schema negoziale della procura a vendere è certamente legittimo, ma deve ritenersi necessario che il mandatario informi in modo adeguato il consumatore acquirente, e cioè, lo renda edotto del fatto che la vendita verrà conclusa con un soggetto diverso e lo informi sul regime di garanzia applicabile. Peraltro, al fine di evitare abusi, è stato suggerito di applicare comunque le nuove norme alle vendite per procura e, quindi, di considerarle vendite da professionista a consumatore¹⁸⁷. In realtà non sembra possibile trascurare l'esistenza della procura e, quindi, il fatto che la vendita avviene tra consumatori. Inoltre, appare difficile rendere il mandatario, che non è proprietario del bene, responsabile per il difetto di conformità della cosa, né può applicarsi l'istituto della simulazione,

¹⁸⁷ G. BRÜGGEMEIER, *Zur Reform des deutschen Kaufrechts*, cit., p. 532.

posto che non sussiste alcun accordo simulatorio. L'applicazione delle norme sulla vendita di beni di consumo in questo caso sarà pure auspicabile dal punto di vista della tutela del consumatore ma non appare possibile in base all'attuale situazione normativa, tanto che in Germania è stato proposto di prevedere una disciplina particolare per il caso del consumatore che acquista un bene nuovo cedendo un bene usato¹⁸⁸. Peraltro, occorre osservare che in relazione al carattere imperativo delle disposizioni sulla vendita di beni di consumo, la direttiva, all'art. 7, comma 1, stabilisce che "come previsto dalla legislazione nazionale, le clausole contrattuali o gli accordi conclusi con il venditore, prima che gli sia stato notificato il difetto di conformità e che escludono o limitano, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla presente direttiva, non vincolano il consumatore. La norma è stata trasposta in modo quasi letterale nell'ordinamento italiano all'art. 1519-octies c.c. Il legislatore tedesco, invece, ha adottato una formula più ampia. Al § 475 1° comma, frase 2, BGB è stabilito che " Le disposizioni indicate alla frase 1 trovano applicazione anche quando vengono eluse in altre forme"¹⁸⁹. Mentre il legislatore italiano e quello comunitario fanno riferimento esclusivamente ad accordi tra venditore e consumatore volti a escludere o limitare i diritti spettanti al consumatore, il legislatore tedesco fa riferimento a qualsiasi "Gestaltung" volta a eludere l'applicazione della norma. La procura a vendere, in Germania, potrebbe essere considerata, sulla base di questa disposizione, una "anderweitige Gestaltung" volta a eludere l'applicazione delle norme in questione e, pertanto, inefficace.

Altra questione di particolare interesse, relativa al settore degli autoveicoli e all'applicazione delle nuove norme del codice civile è legata alle c.d. autovetture a "chilometri zero". Si tratta di veicoli che vengono immatricolati dalle case produttrici al fine di mantenere posizioni nella graduatoria del mercato, ad esempio in attesa dell'uscita di un nuovo modello, o di autoveicoli immatricolati dal concessionario per raggiungere gli obiettivi di vendita e ottenere i premi previsti dal contratto con la casa produttrice o l'importatore. Quando l'auto chilometri zero viene venduta al consumatore, dal punto di vista formale dovrebbe considerarsi usata poiché vi è già stata un'immatricolazione. Il

¹⁸⁸ H.P. WESTERMANN, *Die Einpassung der Kaufgewährleistungs-Richtlinie zns deutsche Recht*, cit., p. 265.

¹⁸⁹ § 475 Accordi derogatori. (1) Il venditore non può richiamarsi a un accordo raggiunto prima della denuncia di un vizio al venditore, che in pregiudizio del consumatore deroga ai §§ 433 fino a 435, 437, 439 fino 443 conce alle disposizioni di questo sottotitolo. Le disposizioni indicate alla frase 1 trovano applicazione se vengono eluse mediante altre configurazioni (anderweitige Gestaltung). (2) La prescrizione delle pretese indicate al § 437 BGB non può essere facilitata mediante negozio giuridico prima della denuncia del vizio al venditore se l'accordo conduce ad un termine di prescrizione decorrente dal momento del decorso legale della prescrizione inferiore a due anni, per cose usate inferiore ad un anno. (3) I commi 1 e 2, fatti salvi i §§ da 307 fino a 309, noie valgono per l'esclusione o la limitazione della pretesa di risarcimento del danno.

venditore, quindi, potrebbe tentare di imporre la limitazione della garanzia ad un anno. In realtà l'automobile, pur essendo stata immatricolata, è nuova e non è mai stata usata, tanto che il prezzo - pur essendo inferiore a quello di una automobile non ancora immatricolata - in genere è significativamente superiore a quello di una vettura usata. Ciò posto appare corretto ritenere che alla vendita delle chilometri zero debba applicarsi la disciplina relativa alla vendita di beni di consumo nuovi, con l'impossibilità di limitare la durata della garanzia a un anno.

Resta, inoltre, da chiarire se la garanzia per la vendita di beni di consumo abbia ad oggetto sia i vizi materiali che i vizi giuridici. Alcuni autori hanno osservato che nessun elemento testuale della direttiva consente di affermare che i vizi giuridici debbano essere ricompresi nel concetto di difetto di conformità. Al contrario, gli esempi citati nei considerando in relazione al difetto di conformità riportano esclusivamente casi di vizi materiali. Inoltre, nei lavori preparatori non vi sarebbe traccia di una discussione sull'adeguatezza dei termini per i vizi giuridici, mentre la discussione sarebbe sempre stata incentrata sui vizi materiali. Posto che il concetto di difetto di conformità è mutuato dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, dovrebbe tenersi conto del fatto che in tale convenzione i vizi materiali sono tenuti distinti da quelli giuridici e che il difetto di conformità è riferito ai vizi materiali¹⁹⁰. Peraltro, il legislatore tedesco, nella riforma dello Schuldrecht, influenzata nella parte dedicata alla garanzia per vizi nella vendita dalla direttiva comunitaria, ha adottato il concetto unitario di difetto di conformità, che abbraccia sia il vizio materiale che giuridico. In ogni caso, un'attuazione differenziata della direttiva, che in alcuni Stati troverebbe applicazione solo ai vizi materiali e in altri anche a quelli giuridici non offrirebbe ai consumatori europei quelle certezze che invece la direttiva voleva garantire loro.

6.3 segue: i rimedi del compratore di beni di consumo usati

In linea di principio, i rimedi di cui può avvalersi il compratore di un bene di consumo usato sono gli stessi previsti per i compratori di beni di consumo nuovi. Il compratore può, dunque, esperire i rimedi che hanno per oggetto il bene, cioè il ripristino della

¹⁹⁰W.H. ROTH, *Die Schuldrechtsmodernisierung im Kontext des Europarechts*, cit., p. 238.

conformità mediante riparazione o sostituzione e quelli che intervengono sul rapporto contrattuale, cioè la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto.

La scelta tra sostituzione e riparazione è rimessa al compratore¹⁹¹. In realtà la direttiva non stabilisce espressamente che la scelta del rimedio è attribuita al consumatore, ma tale decisione si evince dal testo dell'art. 3, comma 3, della direttiva nonché dal considerando nu. 10 secondo cui "in caso di non conformità dei beni al contratto, è opportuno riconoscere al consumatore il diritto di ottenere al ripristino gratuito di tale conformità, mediante riparazione o sostituzione a scelta,...". Il legislatore italiano, in sede di recepimento della direttiva, all'art. 1519quater, comma 3 c.c., ha espressamente stabilito che "il consumatore può chiedere, a sua scelta, al venditore di riparare il bene o sostituirlo".

Il venditore, però, non è abbandonato alla scelta - eventualmente irragionevole - del compratore. Infatti, può rifiutare il rimedio indicato dal compratore se è possibile eseguirlo soltanto sostenendo spese sproporzionate. Alcuni autori hanno segnalato la necessità di interpretare con una certa elasticità il diritto del venditore di rifiutare il rimedio individuato dal compratore¹⁹².

Il problema della scelta del rimedio si può porre anche in relazione alle caratteristiche particolari del rimedio applicabile. La riparazione di un'auto difettosa, ad esempio, può essere realizzata intervenendo sulla parte difettosa o sostituendola del tutto. La legge non prevede nulla circa il soggetto cui spetta tale scelta, ma deve condividersi l'opinione di chi ritiene che essa sia rimessa al venditore, anche perché, a volte, per fare tale valutazione occorrono conoscenze tecniche che in genere il consumatore non possiede.

Con riferimento ai beni usati occorre osservare che è difficile reperire un altro bene usato con le stesse caratteristiche di quello compravenduto e, quindi, la sostituzione è un rimedio difficilmente praticabile. Il considerando n. 16 della direttiva precisa, infatti, che per i beni usati la "sostituzione non è in genere esperibile".

A ben vedere, anche la riparazione potrebbe non essere agevolmente esperibile. Infatti, la riparazione presuppone la disponibilità da parte del venditore delle strutture, delle

¹⁹¹ Anche il legislatore tedesco ha attribuito la scelta al compratore e ha esteso tale principio a tutti i contratti di compravendita e non solo alla vendita di beni di consumo. 1151 439 BGB stabilisce quanto segue: Adempimento successivo "(1) A titolo di adempimento successivo, il compratore può pretendere, a sua scelta, l'eliminazione del vizio o la consegna di una cosa libera da vizi. (2) Il venditore deve sostenere le spese necessarie all'adempimento successivo, in particolare i costi di trasporto, di pedaggio nonché le spese del lavoro e dei materiali. (3) Fatta salva l'applicazione del § 275, 2° e 3° comma, al venditore può rifiutare il tipo di adempimento supplementare scelto dal compratore se esso può essere eseguito soltanto sostenendo delle spese sproporzionate. Al riguardo, occorre tener conto soprattutto del valore della cosa zia condizioni prive di vizi; della rilevanza del vizio, e del fatto se l'adempimento successivo potrebbe essere fornito in altro modo senza particolari pregiudizi per il compratore. In tal caso, la pretesa del compratore si limita all'altra modalità di adempimento supplementare resta salvo il diritto del venditore di rifiutare anche questa modalità se ricorrono i presupposti del 1° periodo. (4) Se, al fine dell'adempimento successivo, il venditore consegna una cosa prava di vizi egli può pretendere dal compratore, a norma dei §§ da 346 a 348, la restituzione del bene affetto da vizi".

¹⁹² P. HUSRR, *Der Nachserfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht*, in *NJW*, 2002, p. 1005.

attrezzature e delle conoscenze tecniche necessarie per eseguire l'intervento di riparazione. Tale osservazione vale, ovviamente, anche per i beni di consumo nuovi. A differenza del produttore, il venditore al dettaglio non sempre ha la possibilità di ripristinare la conformità intervenendo sul bene, che, invece, ha il produttore. Per beni di largo consumo, soprattutto di valore esiguo, può essere quindi più agevole la sostituzione. La situazione appare particolarmente complessa in alcuni settori. In particolare, nel settore degli autoveicoli usati la sostituzione deve ritenersi sostanzialmente esclusa e, comunque, è difficilmente praticabile e anche il rimedio della riparazione presenta difficoltà pratiche di applicazione. In primo luogo, il rivenditore potrebbe non essere fornito di officina. Inoltre, il difetto di conformità può manifestarsi ovunque, a notevole distanza dall'officina del rivenditore. Ciò posto, nel mercato degli autoveicoli usati potrebbe essere utile per il consumatore potersi rivolgere, in caso di necessità, a una qualsiasi officina della rete di vendita della casa alla quale il rivenditore appartiene. Il rivenditore che fa parte di una rete di vendita di una casa produttrice, in questo modo potrebbe offrire un servizio più completo rispetto al rivenditore indipendente.

Ancora, l'intervento di riparazione in garanzia a volte è tecnicamente possibile ma comporta un particolare aggravio economico per il rivenditore. Ad esempio, nel caso di un difetto di conformità al motore di un veicolo che ha percorso 150.000 km non sempre è possibile reperirne un altro, rigenerato, in analoghe condizioni di usura. In genere il consumatore insisterà nella richiesta di montare un motore nuovo. Il venditore però non è obbligato ad eseguire tale riparazione, dovendo esclusivamente ripristinare la conformità, cioè montare un motore con analogo chilometraggio e in analoghe condizioni di usura. Il montaggio di un motore nuovo costituirebbe, in effetti, un arricchimento del compratore. Peraltro, le parti potranno sempre raggiungere un accordo prevedendo l'installazione di un motore nuovo a fronte di un contributo del consumatore che ristabilisca l'equilibrio economico tra le prestazioni delle parti.

Altra questione pratica di particolare interesse riguarda il fatto se al bene (ad esempio il motore) installato nel corso di un intervento in garanzia si applica un periodo di garanzia autonomo rispetto a quello del bene compravenduto. In particolare, ci si è chiesti se, ad esempio, per il motore nuovo installato dopo un anno dall'acquisto del veicolo decorre un nuovo periodo di garanzia di due anni o invece un periodo di un anno, fino alla scadenza del periodo di garanzia dell'autoveicolo.

In linea di massima, si deve escludere che ai beni sostituiti nel corso di un intervento in garanzia si applichi un periodo di garanzia autonomo. Infatti, in tale ipotesi non vi è una compravendita e dunque non è possibile giustificare la decorrenza di un periodo di garanzia autonomo. L'intervento in garanzia è un preciso obbligo del venditore derivante dal contratto di vendita di un bene di consumo ed è volto a rendere esatto il suo adempimento. In questi casi il periodo di garanzia, quindi, deve considerarsi unico ed è quello applicabile al bene compravenduto. Alcuni dubbi, invece, possono sorgere nell'esempio richiamato sopra, in cui il consumatore partecipa alle spese per l'installazione di un motore nuovo. Anzitutto, occorre verificare se il motore può essere qualificato come bene di consumo. Considerata la ampia definizione data dalla direttiva e dall'art. 1519-bis c.c., che, tranne alcune esclusioni, include qualsiasi bene mobile materiale, deve ritenersi che si tratti di un bene di consumo. Inoltre, nel nostro esempio, è necessario chiedersi se le parti abbiano concluso un contratto che rientra nell'ambito di applicazione delle nuove norme del c.c. In tal caso, infatti, potrebbe affermarsi che il bene ha costituito oggetto di una compravendita ed è coperto da un periodo di garanzia autonomo.

Il venditore, ai sensi dell'art. 1519-quater, 4° comma c.c., dopo la denuncia del difetto di conformità può offrire al consumatore qualsiasi altro rimedio disponibile e, comunque, le parti possono raggiungere accordi in ordine all'intervento da eseguire e possono concordarne estensione e modalità di esecuzione, superando quanto dovuto in base alla garanzia. In tali ipotesi è necessario che le parti raggiungano un accordo per determinare il corrispettivo dovuto dal consumatore.

6.4 segue: il regresso del venditore

Le vendite di beni di consumo disciplinate dalle norme in commento sono soprattutto le vendite nella grande distribuzione. La peculiarità di questo tipo di vendite consiste nel fatto che, prima di raggiungere l'acquirente finale, il bene è oggetto di una serie di vendite all'interno della catena distributiva senza che il medesimo bene venga utilizzato. In tali ipotesi si parla di vendite a catena: il primo anello della catena è il produttore, l'ultimo è il dettagliante che vende il bene al consumatore.

Un aspetto problematico è quello della configurabilità del "regresso" del venditore in caso di vendita di un bene usato. Il diritto di regresso disciplinato dall'art. 1519-quinquies

c.c. è previsto in favore del venditore finale, che abbia ottemperato ai rimedi esperiti dal consumatore, nei confronti del "produttore o di un precedente venditore della medesima catena contrattuale distributiva o di qualsiasi altro intermediario". Il testo dell'articolo 1519-quinquies c.c. e quello dell'art. 4 della direttiva non prevedono nulla sull'applicabilità del regresso in caso di vendita di beni usati. Pertanto non può escludersi che, almeno in determinate ipotesi, la norma possa trovare applicazione anche a questo tipo di vendite. L'ipotesi disciplinata dalla legge è, come detto, quella del regresso del "venditore finale", cioè il professionista, ultimo anello della catena di distribuzione, che ha venduto il bene nuovo al consumatore ed è chiamato da quest'ultimo a rispondere di un difetto di conformità imputabile al produttore del bene o a un precedente venditore della catena distributiva. Nel caso della vendita di un bene usato la catena distributiva, che giustifica la disciplina del regresso, in genere non esiste. In particolare, il regresso è certamente escluso in tutti quei casi in cui il venditore ha acquistato da un consumatore (ad es. il venditore di automobili che ritira l'usato dal consumatore). Il legislatore tedesco, in sede di recepimento della direttiva, ha espressamente previsto l'applicazione del regresso esclusivamente ai beni nuovi, escludendo dall'ambito di applicazione della norma i beni usati. Infatti, al § 474 BGB, che disciplina il regresso dell'imprenditore, si parla di "neu hergestellte Sache", cioè di una cosa nuova. In Italia, invece, il regresso non può ritenersi del tutto escluso nel caso di beni usati, almeno nel caso in cui venga a crearsi una catena distributiva. L'esempio è quello, peraltro abbastanza raro, dei commercianti di automobili che acquistano automobili usate da consumatori, le ricondizionano e le vendono ad altri commercianti professionisti di auto usate¹⁹³. In tali ipotesi, ove ricorrano i requisiti prescritti dall'art. 1519-quinquies c.c., il venditore finale potrebbe esercitare il diritto di regresso nei confronti dei soggetti responsabili facenti parte della catena distributiva.

Ammissa, nei limiti sopra descritti, l'applicabilità del regresso disciplinato dall'art. 1519-quinquies c.c., alla vendita di beni usati, occorre osservare che in Germania il regresso è stato disciplinato in modo diverso. A differenza da quanto previsto in Italia, in Germania non vi è un concorso alternativo di pretese, nel senso che il venditore finale non può scegliere se esercitare il regresso nei confronti del produttore o di un precedente "anello" della catena distributiva. Il regresso in Germania è piuttosto una disciplina particolare della garanzia che, in quanto tale, può essere fatta valere

¹⁹³ L'esempio è di B. JUD, *Regressrecht des Letzverkäufers*, in *ZfRV*, 2001, p. 206.

esclusivamente nei confronti del fornitore, cioè del soggetto con il quale il venditore ha un rapporto contrattuale.

Occorre inoltre verificare se il venditore possa comunque esercitare il diritto di garanzia in base ad altre norme del codice civile. L'art. 1492, 3° comma c.c., in tema di effetti della garanzia, stabilisce che se il compratore ha alienato o trasformato il bene, egli può domandare esclusivamente la riduzione del prezzo essendo espressamente esclusa, in tale ipotesi, la risoluzione del contratto. Nel caso di beni usati il regresso potrà quindi essere esercitato - nei limiti temporali di validità della garanzia e osservando il termine di denuncia del vizio - in base alla norma richiamata sopra.

6.5 segue: i termini di decadenza e di prescrizione

Il compratore di un bene di consumo usato deve denunciare il difetto di conformità entro il termine di due mesi dalla sua scoperta. Il termine è uguale a quello previsto per i beni nuovi e, in effetti, non vi è ragione per stabilire un termine diverso.

La rapida circolazione del bene potrebbe comportare una riduzione complessiva del periodo di garanzia. L'esempio può essere il seguente: un consumatore acquista un veicolo da un professionista. Successivamente il consumatore, dopo soli tre mesi, vende l'automobile a un rivenditore professionista. Poco tempo dopo, quest'ultimo vende l'autoveicolo ad un consumatore. Nell'ultimo contratto di vendita, trattandosi di un bene usato, è prevista la limitazione della garanzia a un anno. In conclusione, dopo un periodo di un anno e tre mesi dalla prima vendita, l'ultimo acquirente non potrebbe più esercitare alcun diritto di garanzia, mentre la normativa comunitaria e il decreto di attuazione prevedono, per i beni nuovi, una durata della garanzia pari a due anni. Occorre verificare se, in queste ipotesi, la limitazione a un anno della garanzia nella vendita di beni usati è ammissibile o se il consumatore può comunque avvalersi dei diritti previsti in favore del primo acquirente. Infatti, potrebbe apparire irragionevole che, a seguito della rapida circolazione del bene, il periodo di garanzia risulti inferiore al limite dei due anni.

Appare necessario tenere distinti i vari contratti di vendita. La prima vendita, nell'esempio indicato sopra, è da professionista a consumatore. Pertanto, risulta applicabile la nuova normativa e il bene sarà garantito, in base alle nuove norme, per un periodo di due anni. La seconda vendita è da consumatore a professionista. Il periodo di garanzia è di un anno in conformità a quanto previsto dall'art. 1490 ss.

C.C., sempre che la garanzia non venga esclusa o limitata dalle parti. La terza vendita è da professionista a consumatore: si applicano gli artt. 1519 - bis ss. c.c. Posto che il bene è usato il venditore può tentare - ed è quanto avverrà in genere - di concordare con il compratore un periodo di garanzia di un anno. Ciò appare ragionevole, posto che il venditore professionista, avendo acquistato il bene da un consumatore ha, a sua volta, la garanzia di un anno, in applicazione delle "vecchie" norme del codice civile. In conclusione si può osservare che, come detto, per effetto della rapida circolazione del bene, la garanzia avrebbe una durata complessiva inferiore rispetto quella prevista dalle nuove norme del c.c. per i beni nuovi. L'esempio riportato sopra dimostra anche quante complicazioni possono sorgere in caso di circolazione rapida del bene, con l'applicazione di una diversa disciplina a seconda della qualità personali delle parti del contratto di compravendita. Si conferma, pertanto, la bontà della strada percorsa dal legislatore tedesco che, diversamente da quello italiano, ha riordinato in modo sistematico, all'interno della riforma del diritto delle obbligazioni, la disciplina del contratto di compravendita¹⁹⁴.

Un altro profilo che presenta dei problemi riguarda la cessione dei diritti di garanzia.

Al riguardo occorre ricordare che la garanzia di cui si tratta è quella legale del rivenditore mentre cosa del tutto diversa è la garanzia convenzionale prestata dalla casa produttrice del veicolo.

Per quanto riguarda la prima deve ritenersi che la cessione della garanzia sia esclusa, in quanto essa sarebbe configurabile solo con una cessione del contratto. La seconda, invece, per volontà della quasi totalità delle case produttrici, è prestata sostanzialmente sul bene, indipendentemente dalla sua circolazione. La garanzia della casa passa dunque di compratore in compratore, fino all'esaurimento della sua durata.

Un'altra agevolazione prevista in favore del consumatore consiste nella presunzione che i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene esistessero già a tale data.

L'art. 1519-sexies c.c. stabilisce che "salvo prova contraria, si presume che i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene esistessero già a tale data, a meno che tale ipotesi sia incompatibile con la natura del bene o con la natura

¹⁹⁴ Si. osservi, peraltro, che in relazione alla diversa disciplina tra vizi e mancanza di qualità e alla difficoltà di distinguere gli uni dagli altri, D. RUBINO, *La compravendita, cit.*, osservava che "Piuttosto, questa facilità di confusione, rivelatasi così imponentemente in pratica, era uno degli indici i quali avrebbero dovuto avvertire il legislatore che non sussistono adeguate ragioni giuridiche né pratiche per dare ai vizi e alla mancanza di qualità una disciplina differente, sia pur solo in parte. Il cammino compiuto a metà avrebbe dovuto esserlo per intero, unificando completamente il trattamento delle due categorie".

del difetto di conformità". Nel caso di specie si tratta di una presunzione *iuris tantum*, abbastanza frequente nelle direttive europee per garantire una migliore tutela del contraente debole¹⁹⁵. Non vi è un fatto noto dal quale la legge trae le conseguenze per risalire a un fatto ignoto, ma si considera provato un fatto fino alla prova del contrario. Si è osservato che le presunzioni, in questo senso, si pongono su un piano analogo alla disciplina dell'onere della prova, tanto che vengono qualificate presunzioni improprie o verità interinali¹⁹⁶.

Il compratore - per un periodo di sei mesi dalla consegna del bene - non sarà tenuto a fornire la prova di uno degli elementi costitutivi della fattispecie, cioè la sussistenza del difetto al momento della consegna: sarà il venditore a dover fornire la prova contraria. Particolare rilevanza pratica in relazione ai beni usati potrebbe rivestire l'inciso "a meno che tale ipotesi sia incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità". In effetti in questi casi l'applicazione della presunzione incontrerebbe un limite e troverebbe applicazione l'art. 2697 c.c., in base al quale il compratore dovrà provare il difetto di conformità e la sua esistenza al momento della consegna.

Affinché la presunzione possa applicarsi, occorre che il consumatore individui e denunci il difetto di conformità rispetto al quale essa dovrebbe operare¹⁹⁷.

L'esclusione della operatività della presunzione, come detto, potrebbe avere rilevanza proprio con riferimento ai beni usati, poiché è necessario accertare se il manifestarsi del difetto entro sei mesi dalla consegna sia esclusivamente un fenomeno di semplice logorio della cosa che non consente di trarre conclusioni sul fatto che il difetto fosse presente al momento della consegna¹⁹⁸. Si osserva, tuttavia, che se si tratta esclusivamente di un fenomeno di semplice logorio della cosa non solo non troverebbe applicazione la presunzione richiamata sopra ma non opererebbe la garanzia, poiché è necessario distinguere tra difetto di conformità e logorio della cosa in base ad un uso normale della stessa. Per quanto riguarda la natura del difetto di conformità, si è affermato che la presunzione sarebbe esclusa nei casi di difetti di conformità talmente

¹⁹⁵ S. PATTI, *Prova testimoniale. Presunzioni*, cit.

¹⁹⁶ S. PATTI, *op. loc. ult. cit.* Il § 476 BGB in cui è stata trasposta la presunzione in oggetto, reca, significativamente, la rubrica "Beweislastumkehr". D. STAUDENNAPER, *EG Richtlinie 1999/144/EG zur Vereinfachung des Kaufgewährleistungsrechts*, in *Europäisches Gewährleistungsrecht*, cit., p. 40, parla di "in Form einer Vermutung gekleidete Beweislastumkehr" cioè di un'inversione dell'onere della prova vestita da presunzione.

¹⁹⁷ PALANDT, *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, cit., p. 281.

¹⁹⁸ H.P. WESTER-OANN, *Das neue Kaufrecht*, cit., p. 252: "Hier ist in erster Linie an den Verkauf gebrauchter Sachen zu denken... Abgesehen... wird hier zu prüfen sein, ob nicht bei Gebrauchsgütern ein Auftreten eines Mangels innerhalb der Sechsmonatsfrist nur dann eine einfache Verschleißerscheinung ist, die keinen Schluss darauf zulässt, dass gerade dieser Mangel schon bei Gefahrenübergang vorhanden war."; PALANDT, *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, cit., p. 281.

rilevanti che il compratore ne avrebbe dovuto scoprire l'esistenza poco tempo dopo la consegna del bene¹⁹⁹.

L'agevolazione nell'onere della prova, come detto, riguarda esclusivamente l'esistenza del difetto di conformità al momento della consegna. Il consumatore dovrà, in ogni caso, dimostrare l'esistenza del difetto di conformità e, trascorsi sei mesi dalla consegna, dovrà anche dimostrare che esso esisteva al momento della consegna.

È stato osservato che nel caso di riduzione del periodo di garanzia ad un anno, l'operatività della presunzione sopra richiamata per un periodo di sei mesi appare eccessiva e che, più in generale, nel caso di riduzione del periodo di garanzia, tutti i termini avrebbero dovuto essere corrispondentemente abbreviati. In particolare il termine di prescrizione di ventisei mesi, previsto dall'art. 1519-sexies, ultimo comma, c.c., in merito all'azione diretta a far valere i difetti non dolosamente occultati dal venditore, sarebbe irragionevolmente lungo in relazione ad un periodo di garanzia ridotto ad un anno.

In realtà, il legislatore italiano non avrebbe potuto operare una riduzione generalizzata di tutti i termini, poiché la direttiva prevede esclusivamente la facoltà per gli Stati membri di prevedere che “il venditore e il consumatore possano concordare condizioni contrattuali o accordi che impegnino la responsabilità del venditore per un periodo di tempo inferiore a quello di ... due anni”. La critica, dunque, se si ritiene che possa avere qualche rilievo, andrebbe rivolta al legislatore comunitario. Probabilmente la scelta del legislatore comunitario non è consapevole e deriva semplicemente dall'estensione della disciplina dei beni nuovi a quelli usati. Tuttavia, non sembra che dal mancato coordinamento dei termini possano derivare problemi o svantaggi particolari per i venditori.

6.6 segue: la limitazione pattizia della durata della garanzia

Come detto, l'art. 1519-octies c.c., 2° comma, c.c. stabilisce che nel caso di beni usati, le parti possono limitare la durata della responsabilità di cui all'art. 1519-sexies, 1° comma c.c. ad un periodo di tempo in ogni caso non inferiore ad un anno. In ragione delle particolari caratteristiche del bene usato è stata ammessa dal legislatore italiano la

¹⁹⁹ H.P. WLSTERMANN, *Das neue Kaufrecht*, cit., p. 244, alla nota 35 porta l'esempio dell'acquirente di un'automobile usata che poco tempo dopo la consegna passa la revisione mentre il compratore a cinque mesi di distanza lamenta la completa distorsione dell'asse anteriore.

possibilità di limitare ad un anno il periodo di garanzia. Occorre verificare se tale accordo debba risultare in qualche forma particolare tenendo conto delle ipotesi, frequenti nella pratica, in cui la limitazione della garanzia venga prevista in formulari di contratto predisposti unilateralmente dal venditore.

L'accordo non è soggetto a requisiti di forma e può essere raggiunto anche verbalmente, benché, per ragioni attinenti alla prova, sia preferibile che l'accordo sulla limitazione della garanzia risulti da un documento.

Occorre chiedersi, inoltre, se trovino applicazione gli artt. 1469-bis ss. c.c. (anch'essi ora trasfusi nel Codice del Consumo) e, ancora, se la clausola contenuta nel contratto tra professionista e consumatore che limita la durata della garanzia ad un anno deve considerarsi vessatoria. Potrebbe affermarsi che la clausola non è vessatoria poiché riproduttiva di disposizioni di legge. Infatti, in base all'art. 1469-ter, 3° comma c.c. non sono vessatorie le clausole che riproducono un testo di legge, che troverebbe comunque applicazione (c.d. clausola dichiaratoria). Nel caso di specie, però, non si tratta di una vera e propria clausola dichiaratoria, poiché in assenza della espressa previsione nel contratto di tale clausola, si applicherebbe una norma diversa, cioè quella che prevede un periodo di garanzia di due anni. La clausola, dunque, non è dichiarativa ma fa riferimento a una norma autorizzativa, che si limita ad ammettere la possibilità che le parti di un contratto di compravendita di un bene di consumo usato concordino un periodo di garanzia inferiore a due anni ma comunque superiore a un anno. In sostanza, la previsione di una durata della garanzia inferiore a due anni costituisce una limitazione della responsabilità del venditore, che pertanto deve essere soggetta al controllo di vessatorietà²⁰⁰.

Il coordinamento con gli artt. 1469-bis ss. c.c. non è agevole. La clausola che limita la durata della garanzia, infatti, dovrebbe presumersi vessatoria ai sensi dell'art. 1469-bis 3° comma n.2 c.c., trattandosi di una clausola che ha per effetto di "escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di inadempimento inesatto da parte del professionista". Si potrebbe osservare che ove vi sia stata una trattativa individuale la presunzione di vessatorietà non opera. Ma l'art. 1469-quinquies, 2° comma c.c. stabilisce che "sono inefficaci le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o

²⁰⁰ In tal senso v. P. SIRENA, sub art. 1469-ter, 3° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore* a cura di G. Alpi e S. Patti, Milano, in *Il codice civile, Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003, p. 912, il quale rileva

per effetto di escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di inadempimento inesatto da parte del professionista". La clausola che limita la durata della garanzia nella vendita di beni di consumo usati dovrebbe dunque ritenersi inefficace nonostante sia stata oggetto di trattativa individuale. Tale risultato, cioè l'inefficacia della clausola che limita il periodo di garanzia ad un anno, sarebbe contrario a quanto previsto dalla direttiva e dalla norma di attuazione, che nel caso di vendita di beni di consumo usati consente alle parti di ridurre la durata della garanzia.

Occorre, inoltre, domandarsi, se la clausola che limita la garanzia ad un anno debba essere intesa quale clausola di limitazione di responsabilità ai fini dell'applicazione dell'art. 1341 c.c.

In passato si è posto il problema della necessità o meno dell'approvazione in forma specifica delle clausole contrattuali che escludono o limitano la garanzia.

Parte della dottrina, tenendo conto del fondamento che viene attribuito, alla garanzia, afferma che la garanzia non è responsabilità ma prestazione succedanea di carattere restitutorio e quindi esclude l'applicazione dell'art. 1341, 2° comma, c.c. alla limitazione della garanzia, poiché non si tratterebbe di limitazione della responsabilità ma di limitazione della prestazione²⁰¹. La giurisprudenza, invece, riconosce per le clausole che limitano o escludono la garanzia la natura di clausole limitative della responsabilità e, quindi, applica l'art. 1341 c. c.²⁰².

Con riferimento al periodo di durata della garanzia, annuale o biennale, occorre, infine, osservare che esso decorre dal momento della consegna del bene. Pertanto, sarà bene far risultare la data di consegna da un apposito documento sottoscritto da venditore e compratore.

che "Sono così normalmente assoggettate al controllo di vessatorietà... la clausola che esclude o limita la garanzia per vizi, per la mancanza di qualità o l'evizione del bene venduto...".

²⁰¹ F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 151, il quale osserva: "Peraltro possiamo concludere che la convenzione della garanzia come prestazione implica quale corollario che le condizioni generali di contratto che tale garanzia escludono non sono soggette ad approvazione in forma specifica" e, subito dopo, osserva che tale conclusione, dal punto di vista della tutela del compratore appare poco soddisfacente: "E tale conclusione... da un punto di vista della valutazione degli interessi, solleva serie perplessità sulla idoneità di tale costruzione della garanzia ad una efficace tutela degli interessi del compratore".

Capitolo quarto

Difetto di conformità e rimedi “primari” e “secondari”

7 - Non conformità e rimedi

È, dunque, obiettivamente arduo riuscire a negare i dubbi interpretativi e le aporie che presenta l'attuale disciplina della garanzia per i vizi nella compravendita. Prendendo le mosse da una tale premessa, è possibile guardare con occhi diversi - scevri da pregiudizi ostacolanti - al panorama europeo, che offre al legislatore italiano la concreta opportunità di rivedere un istituto che da sempre ha costituito fonte di grattacapi per il giurista. Anzi, la direttiva 99/44/CE sembra proprio aver indicato la direzione da seguire per la risoluzione di molte delle problematiche relative alla garanzia per vizi nel contratto di vendita, e non solo (come sarà evidenziato fra breve).

Prima fra tutte, potrebbe essere risolta l'annosa questione relativa alle distinzioni tra vizi, mancanza di qualità promesse od essenziali ed *aliud pro alio*, grazie all'introduzione del concetto di difetto di conformità²⁰³ del bene al contratto²⁰⁴, da intendere come una nozione che ricomprenda in sé tutte le più diverse anomalie (art. 1519-ter cod. civ.), tra cui anche “la deficienza quantitativa della prestazione”²⁰⁵. Inoltre, in ossequio a quello che è una peculiarità fondamentale dell'istituto della garanzia, che oscilla dall'oggetto ai rimedi ad esso ricollegabili²⁰⁶, è stato predisposto un apparato di tutela ricco di una vasta gamma di azioni²⁰⁷. L'articolo 1519-quater cod. civ. appresta, infatti, un ampio ventaglio di rimedi²⁰⁸, tra loro alternativi, ed esperibili indipendentemente dalla natura e dalle caratteristiche del difetto di conformità, che prescindono, tra l'altro, dall'imputabilità a colpa del professionista. *Ratio* fondante della succitata disposizione sembra da ricercare nella

²⁰² Cass. 23 marzo 1993, n. 3418, in *Foro it.*, 1993, 1, c. 2517; Cass. 7 luglio 1988, n. 4474, in *Giust. civ.*, 1998, 1, p. 2942.

²⁰³ Distinguendo tra i concetti di conformità del bene e di vizio, V. BARBA, *op. cit.*, p., rileva come “La parola “conformità” non evoca una caratteristica ontologica della cosa, ma un giudizio di relazione che è possibile predicare soltanto in presenza del termine di raffronto e del termine da raffrontare”.

²⁰⁴ Sempre V. BARBA, *op. cit.*, p. 61, riferendosi al giudizio di conformità del bene al contratto, afferma che esso “si svolge non già tra res materiali, bensì tra fatti di, linguaggio significanti e rappresentanti res anche immateriali”.

²⁰⁵ G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 131.

²⁰⁶ Cfr. G. DE NOVA, *La proposta di direttiva, cit.*, p. 24, che evidenzia come “Oggetto della garanzia e rimedi sono temi necessariamente connessi” (Di fronte alla domanda “che cosa copre la garanzia legale? ... può darsi una risposta diversa, a seconda che si muova dai rimedi per arrivare all'oggetto della garanzia o invece dall'oggetto della garanzia per arrivare ai rimedi”).

²⁰⁷ Nell'evidenziare le caratteristiche dell'apparato rimediale, G. AMADIO, Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 901, afferma: “Pluralità e gerarchia: in questi due termini possono compendiarsi le linee ispiratrici del legislatore comunitario, che provvede a predisporre un sistema articolato di mezzi di reazione al difetto di conformità”.

²⁰⁸ L'opportunità di un apparato di azioni che possano cercare di attutire le attuali sproporzioni sul piano della tutela, apparendo decisamente favorito il soggetto venditore, è sottolineata da P. PARDOLESI, *osservaz. a Cass. civ., sez. II, 15 gennaio 2001 n. 489*, in *Foro it.*, 2001, 1, c. 1905 ss., il quale evidenzia come “in dottrina si auspica la creazione di un ‘ombrello normativo’ in grado di semplificare una disciplina che allo stato giova soltanto al venditore” (Nella specie, la Suprema Corte si è espressa a favore della

maggior protezione da assicurare al soggetto consumatore, ma è necessario muoversi con attenzione, prima di riconoscere, nella norma che regola i diritti da attribuire al compratore²⁰⁹, un così deciso rafforzamento della sua posizione contrattuale, come dimostrato dalle opinioni di buona parte della dottrina secondo cui la disciplina sulla vendita dei beni di consumo tutela più l'impresa che il consumatore. I quattro rimedi che il consumatore può azionare in presenza del difetto di conformità (all'azione redibitoria e di riduzione vanno aggiunte quelle relative alla riparazione o alla sostituzione del bene) paiono difatti disposti in un ordine gerarchico, dovendosi chiedere, in un primo momento, la riparazione o la sostituzione²¹⁰ e, solo in seguito, la riduzione del prezzo o la risoluzione. Tra i quattro rimedi si instaurerebbe un rapporto di regola (riparazione/sostituzione) ad eccezione (riduzione prezzo/risoluzione)²¹¹. È stato inoltre sottolineato, con riferimento alla direttiva, che, pur se la scelta tra i rimedi è attribuita al consumatore, tre sono esperibili solo al ricorrere di presupposti oggettivi: la sostituzione e la riparazione possono essere chieste solo se "possibili" e "proporzionate" mentre la risoluzione del contratto può essere chiesta solo per difetti di conformità che non siano "minori"²¹².

La normativa sulla vendita dei beni di consumo dispone, a sua volta, che la riparazione e la sostituzione non possono essere richieste qualora il rimedio sia "oggettivamente impossibile" o "eccessivamente oneroso", mentre la risoluzione del contratto non è esperibile per un difetto di conformità di "lieve entità" (art. 1519-quater, commi 3° e 10°, cod. civ.).

Ebbene, si avrebbe una sorta di "gerarchizzazione" dei rimedi²¹³, forse ricollegabile proprio al principio di "sproporzione" (cfr. art. 3, par. 3, dir.) o di "eccessiva onerosità" (cfr. 1519-quater, co. 3°, cod. civ.)²¹⁴.

possibilità per il compratore di domandare la risoluzione per vizi, anche nell'ipotesi di alienazione o trasformazione della cosa venduta, mostrando una certa propensione verso un ampliamento di azionabilità dei rimedi previsti in materia di garanzia per vizi redibitori).

²⁰⁹ Sui diritti che la direttiva 99/44/CE riconosce al consumatore, cfr. P.B. LODOLINI, *op. cit.*, p. 1286 s.; M.G. FALZONE CALVISI, *Garanzie legali della vendita: quale riforma?*, in *Contr. impr. Europa*, 2000, pp. 457-462.

²¹⁰ Per quanto concerne, in particolar modo, i rimedi di riparazione o sostituzione della cosa viziata, cfr. A. LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/14/41 CE*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, p. 837 ss.

²¹¹ In tal senso, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, pp. 217-223. In generale, sulla relazione tra norme regolari e norme eccezionali, N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 98 ss. e ID., *L'età della decodificazione*, Milano, 1989, p. 48 ss.- il quale, peraltro, descrive in termini fortemente rigoristici il rapporto regola-eccezione.

²¹² G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 187. [L'A., inoltre, evidenzia come "La circostanza che la facoltà di decidere il rimedio sia stata accordata (sia pur con delle limitazioni assai rilevanti) al consumatore non significa poi che il professionista non possa cercare di influenzare la scelta della controparte, per indirizzarla nella direzione più rispondente ai suoi interessi. Al professionista cui venga comunicata l'esistenza di un difetto di conformità nel bene di consumo non è infatti precluso il compimento di tentativi di "composizione amichevole" (p. 188)].

²¹³ In ordine alla graduazione gerarchica delle tutele, cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 328 ss.

²¹⁴ Al termine "sproporzionato" adoperato dalla direttiva (art. 3, par. 3), il legislatore italiano - nel decreto legislativo - ha sostituito l'espressione "eccessivamente oneroso" (commi 3, 4, 7 e 10 dell'art. 1519-quater cod. civ.), più familiare alla terminologia codicistica.

Certamente, così ragionando, la protezione apprestata al consumatore risulta di gran lunga ridimensionata, in quanto a nulla serve elaborare una categoria di difetto onnicomprensiva, cui sia da ricollegare un'ampia morfologia di azioni, legate peraltro a termini di denuncia e di prescrizione più lunghi (quanto meno rispetto al nostro ordinamento), se poi il consumatore non è effettivamente libero di optare per la soluzione che arrechi il pieno soddisfacimento di quello che è il suo interesse.

E sotto questa prospettiva che va considerata l'opinione di chi ha confutato l'assunto dell'ordine inderogabile dei rimedi di cui all'art. 3 dir. 99/44/CE, poiché si priverebbe il consumatore - anche in considerazione dell'art. 8, che gli garantisce un livello di protezione minima - di una tutela più ampia²¹⁵.

Sarebbe tutto sommato auspicabile lasciare il consumatore non arbitro - dati i presupposti oggettivi cui l'art. 1519-quater cod. civ. subordina la percorribilità dei rimedi - ma sì, libero, di decidere la strada da percorrere per ottenere tutela.

Del resto, egli ricorrerà alla risoluzione del contratto, indicato dal decreto legislativo come *extrema ratio*, solo qualora non abbia più interesse alla prestazione che il venditore doveva fornirgli. Una soluzione di tal fatta sembra contemperare meglio gli opposti interessi dei paciscenti, senza contravvenire all'organigramma dei rimedi disegnato dal legislatore comunitario.

D'altronde, che senso avrebbe l'elaborazione di una categoria unitaria di anomalie, se il superamento delle distinzioni sul piano dell'oggetto della garanzia non trovasse riscontro nel profilo disciplinare? La stretta e necessaria connessione esistente tra l'oggetto della garanzia ed i rimedi azionabili rende, infatti, logicamente conseguenziale che, ad una nozione, come quella di "non conformità", comprensiva delle più diverse anomalie, faccia riscontro una modulazione delle azioni esercitabili, tale per cui riesca più agevole, al soggetto tutelato, giovare dell'ampliamento del campo di estensione oggettiva della garanzia.

²¹⁵ Bin, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione*, cit., p. 408.

Andrebbe dunque garantita al consumatore, la libertà²¹⁶ o, meglio la possibilità²¹⁷, di scegliere quale fra le azioni poste a sua disposizione esercitare, usufruendo appieno della garanzia apprestatagli dal combinato disposto degli articoli 1519-ter e 1519-quater del codice civile, di guisa che i diritti attribuitigli si relazionino all'elaborazione di un concetto unitario di vizio. Operata questa *reductio ad unitatem* delle diverse categorie di vizi, non pare si possa costringere - in limiti eccessivamente angusti - la scelta del consumatore, con riguardo ai canali da percorrere per l'ottenimento della tutela, dopo la previsione di una svariata gamma di soluzioni rimediali. Quanto detto troverebbe conferma sia nell'espressione dal tenore assolutizzante contenuta nel comma 1° dell'articolo 1519-ter del codice civile, secondo la quale "Il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita", che nella disposizione di cui all'articolo 1519-nonies cod. civ., la quale, nel fissare un livello di protezione minima²¹⁸, sembra sancire lo spirito del decreto legislativo, in linea con la direttiva che esorta gli Stati membri dell'Unione Europea ad assicurare, al consumatore, una sorta di garanzia *tout court*²¹⁹.

Ergo, ricostruendo il sistema della vendita dei beni di consumo, che può ribattezzarsi come la normativa, sulle garanzie legali, è da ritenersi più rispondente un'interpretazione tendente ad assegnare al consumatore una più larga *facultas eligendi* - tra le azioni contemplate dall'articolo 1519-quater cod. civ. - per far valere la garanzia relativa al difetto di conformità del bene compravenduto.

Ebbene, la norma concernente i diritti del consumatore (art. 1519-quater cod. civ.)²²⁰ detta, sì, un ordine nell'esperibilità dei singoli rimedi, ma non sembra rechi un'assoluta

²¹⁶ L'importanza dei principi costituzionali ed in particolare dell'articolo 41, nel rappresentare indice di riferimento essenziale per la delimitazione della 'libertà economica' che il privato ha, di foggare il proprio regolamento di interessi, emerge, con acutezza e dovizia argomentativa, in M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, spec. p. 26 ss., per il quale "Il regime costituzionale vigente sembra introdurre nel sistema elementi innovatori di tal rilievo da modificare radicalmente la posizione istituzionale di libertà tradizionalmente riconosciuta alle parti nella esplicazione del loro potere di autonomia, sia col subordinare la qualificazione dell'atto di iniziativa economica privata alla valutazione del fine perseguito dalle parti operata alla stregua dell'interesse generale (art. 41 comma 2), che attraverso la predisposizione di programmi vincolanti di sviluppo elaborati a fini sociali (art. 41 comma 3) e la possibilità, da parte del legislatore ordinario di riservare originariamente o trasferire allo stato, enti pubblici o comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese (art. 43)"; l'A. evidenzia, inoltre, che "Sul piano generale può rilevarsi come la regolamentazione diretta dei rapporti fra individuo e società segni una delle caratteristiche essenziali della disciplina costituzionale vigente, generalmente non colta nella sua reale portata innovatrice dalla dottrina dominante" (pp. 26-27).

²¹⁷ Con riguardo alla libertà contrattuale, viene evidenziato come essa "per esistere come principio normativo, deve ignorare la disparità di potere esistente nella realtà; e tuttavia per non ridursi a 'formula vuota' ha bisogno delle restrizioni legali"; dunque, la problematica concernente la libertà contrattuale non è altro che il problema dei suoi limiti, tendente "a divenire sul piano interpretativo il problema del carattere eccezionale (della forza espansiva) o meno delle norme che pongono 'restrizioni':" (P. BARCELLONA, voce *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 487 ss.).

²¹⁸ Il paragrafo 1, art. 8, dir. 99/44/CE statuisce, infatti, che la "direttiva lascia impregiudicato l'esercizio di altri diritti di cui il consumatore può avvalersi in forza delle norme nazionali relative alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale."

²¹⁹ Tale pare essere il significato desumibile dalla lettera del par. 2, art. 8, della direttiva de qua, che così dispone: "Gli Stati membri possono adottare, o mantenere in vigore, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più rigorose, compatibili con il trattato, per garantire un livello più elevato di tutela del consumatore".

²²⁰ Si è sottolineata la diversità tra la nozione di diritti di cui all'art. 1519-nonies c.c. ed il sintagma "Diritti del consumatore" inserito nella rubrica dell'art. 8 della Direttiva: il primo non sarebbe circoscritto, infatti, ai rimedi esperibili dal consumatore a fronte della consegna di beni 'non conformi', ma farebbe riferimento a "tutte quelle disposizioni presenti nell'ordinamento giuridico che attribuiscono all'acquirente di beni di consumo un vantaggio maggiore di quello assicurato dagli artt. 1519-bis ss. codice civile." (A MANDO, Commento all'art. 1519-nonies, in *L'acquisto di beni di consumo*, cit., p. 94).

inderogabilità²²¹ gerarchica, anche e soprattutto a ragione della relazione biunivoca che lega, il profilo riguardante l'oggetto della garanzia, con quello delle azioni esercitabili.

Certo, è indubitabile che - come precedentemente rilevato - alcuni rimedi (tre) sono subordinati al ricorrere di presupposti oggettivi, ma ciò non significa che, analizzando le singole circostanze del caso concreto, pur non ricorrendo i requisiti della "possibilità", "proporzionalità"²²² (o, più precisamente, "eccessiva onerosità") e "lieve entità", presupposti dal carattere palesemente generale ed indeterminato, sia riservata al compratore una possibilità di scelta. Esagerato, pertanto, appare argomentare di una tassatività gerarchica dei diritti attribuiti al consumatore per far valere la garanzia²²³.

Questo, d'altronde, non significa misconoscere la preferenza, espressa dal legislatore, a favore di una conservazione del sinallagma contrattuale, esplicitata in particolare nel privilegiare, a quella risolutoria, le altre azioni, considerando come gli indici di carattere positivo appaiono attestare, in modo univoco, la previa esperibilità delle misure dirette all'esatto adempimento, contraddicendo l'affermazione circa la mancanza di una tassatività gerarchica.

7.1: segue: ancora sulla gerarchizzazione dei rimedi

Nel delineare il rapporto tra i rimedi volti al ripristino della conformità (riparazione e sostituzione), previsti dai primi sei commi dell'art. 1519-*quater* c.c., qui in commento, e i rimedi diretti alla risoluzione del vincolo o alla riduzione del prezzo (di cui ai quattro commi successivi dello stesso articolo), sono divenute usuali in dottrina le contrapposte denominazioni di rimedi "primari" e "secondari". Le formule alludono ad uno tra gli aspetti più discussi (nel corso dell'iter normativo che ha condotto alla direttiva, prima, alla sua attuazione, poi) della nuova disciplina: la circostanza che tra le due coppie di rimedi sia

²²¹ Illustra il significato della deroga - figura che, "al pari della specialità (e dell'eccezionalità), ... designa una relazione tra norme, un modo d'essere di due norme nei loro rapporti reciproci", sottolineando che, "poiché la parola non riceve un preciso e costante significato nel lessico dei giuristi, nulla vieta di assumerla in un significato convenzionale ... come, relazione sottrattiva tra due norme", IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 56.

²²² Tra le problematiche sollevate dalle nuove norme in materia contrattuale, va sicuramente annoverata quella relativa al "contratto giusto", strettamente connessa alla proporzionalità ed allo squilibrio (economico) fra le prestazioni, sulla cui tematica, cfr. G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss., dove si evidenzia come "il problema del contratto giusto sia oggetto di attenzione assai diversa dal passato, ... Dall'impossibilità di sindacare la congruità dello scambio al di là di ipotesi tipiche, ad un nuovo assetto ove non è rilevante lo squilibrio in sé, ma in quanto frutto di un abuso o di un contegno in mala fede con un ampio utilizzo delle clausole generali tramite le quali si rinvia a standard sociali di valutazione dei contegni con cui bilanciare beni e interessi" (p. 37).

²²³ È stata sottolineata l'opportunità di non seguire un rigido criterio gerarchico nei rapporti fra i singoli rimedi, in modo tale che "emerge un criterio di preferenza, a favore della riparazione o sostituzione, non rigido ma elastico e flessibile (idoneo a contemperare gli interessi del venditore con quelli del compratore)": ciò "- anche alla luce del principio generale che emerge dal nostro sistema positivo, che rimette alla libera valutazione del contraente fedele al contratto a prestazioni corrispettive la scelta tra i diversi rimedi della tutela contrattuale (arg. ex artt. 1453, comma 1°, 1492, 1668, 1578 c.c.)" (A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 861).

stata introdotta una scansione gerarchica, in forza della quale al consumatore è concessa la via della risoluzione/riduzione del prezzo, solo quando quella della "regolarizzazione" (mediante la riparazione o la sostituzione del bene difforme) risulti impercorribile o non abbia dato esiti soddisfacenti.

Se è vero che la pluralità di rimedi ripercorre la via già tracciata dalla Convenzione di Vienna, questa *Hierarchisierung* ne rappresenta deviazione vistosa: diversamente dalla disciplina della vendita internazionale²²⁴, e dalla stessa impostazione presente, in origine, nella proposta di direttiva del 18 giugno 1996, già il testo comunitario definitivo, e successivamente la disciplina dettata in attuazione ad esso sottraggono all'acquirente il diritto di scelta del rimedio esperibile, per privilegiare il ripristino della conformità (riparazione/sostituzione) e, solo nel caso in cui esso si riveli impossibile, eccessivamente oneroso, o risulti non realizzato dal venditore entro un congruo termine e senza notevoli inconvenienti per il consumatore, consente a quest'ultimo il ricorso alla tutela risolutoria o la richiesta di riduzione del prezzo (art. 1519-quater 7° comma c.c.).

La critica corale (che aveva accompagnato la fase dell'attuazione) rivolta dalla dottrina alla gerarchizzazione delle tutele²²⁵ non ha impedito al legislatore di tenervi fede.

L'esperibilità dei rimedi secondari (e della risoluzione in particolare) risulta subordinata talora a valutazioni in buona misura oggettive (quali l'impossibilità, l'eccessiva onerosità, o gli inconvenienti connessi alla loro attuazione), talora al semplice fatto che il venditore non vi abbia provveduto entro un termine congruo: in buona sostanza, ad una decisione arbitraria del debitore di non adempiere.

Colpisce, francamente, la singolarità di un meccanismo di tutela che, da un lato, onera il consumatore del preventivo esperimento dei rimedi volti al ripristino (nonostante la possibile perdita di fiducia nel tipo di bene acquistato, o nell'organizzazione della

²²⁴ Non pare, in questo senso, che la gerarchizzazione introdotta dalla direttiva 99/44/CE possa dirsi indice di una "tendenza chiaramente emersa (...) nella Convenzione di Vienna" (così G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 189). Se è vero, infatti, che nell'apparato rimediale da questa predisposto può rintracciarsi una "priorità logica dell'adempimento" (così N. Di PRISCO, *Commento agli artt. 45-46, in Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., p. 209), il dato è senz'altro riferibile al rapporto tra tutela soddisfacente e risarcimento del danno, assai meno a una supposta gerarchizzazione normativa, che nella Convenzione non è dato riscontrare, tra rimedi manutentivi e rimedi risolutivi. Tutt'altro discorso è quello che sottolinea il rigore con cui la Convenzione stessa fissa i presupposti legittimanti il ricorso alla risoluzione, o che rileva la non conformità della risoluzione stessa con gli obiettivi di fondo della disciplina della vendita internazionale, che certo "mira a salvare, nei limiti del possibile l'affare" (N. Di PRISCO, *op. cit.*, p. 211, nota 35); il principio di conservazione del contratto, in tal caso, si giustificherà in base a una dinamica degli interessi in gioco radicalmente estranea alla disciplina consumeristica (tant'è che lo stesso De Cristofaro, dopo aver rilevato una linea di continuità tra le due normative, finisce per riconoscere (p. 212) l'incompatibilità della disciplina della risoluzione contenuta nella Convenzione di Vienna, con la *ratio* consumeristica della direttiva).

²²⁵ A titolo indicativo, si vedano le opinioni espresse da M. BIN, *op. cit.*, p. 407; M.G. FALZONE CALVISI, *op. cit.*, p. 454; R. CALVO, *op. cit.*, p. 468 s.; L. DELOGU, *I patti modificativi della responsabilità del venditore, la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, in *Contr. impr. Europa*, 2000, p. 511; R. FADDA, *op. cit.*, p. 425; A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione*, cit., pp. 119 s. e 123 s.; ID., *Riparazione o sostituzione*, cit., p. 860 s.; G. BONFANTE - O. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 29; L. CABELLA PISU, *op. cit.*, p. 43; A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 72 ss.

controparte), dall'altro subordina (rinviandola dunque nel tempo) l'iniziativa risolutoria, all'ulteriore inadempimento del contraente infedele (perché tale è il venditore che abbia consegnato beni difformi): e opportuno appare, perciò, il rilievo di chi ritiene immediatamente esperibili i rimedi secondari, quando risulti ragionevolmente certo che il venditore, fin dall'inizio, non è in grado (o, aggiungeremmo, non ha alcuna intenzione) di procedere al ripristino della conformità²²⁶.

7.2: SEGUE: I RIMEDI VOLTI AL RIPRISTINO DELLA CONFORMITA'

A tener fede al dato letterale del secondo comma dell'art. 1519-quater c.c., obiettivo dei rimedi primari concessi al consumatore, del tutto conseguente alla ridefinizione (anche qui proposta) del contenuto dell'impegno traslativo gravante sull'alienante, è il ripristino della conformità del bene: e dunque quella attività di regolarizzazione del risultato traslativo che sia idonea a ripristinarne lo standard qualitativo funzionale, delineato dai parametri di conformità, di cui all'art. 1519-ter, 2° comma., c.c.

In questo senso, può ben dirsi che riparazione e sostituzione altro non rappresentino che modalità attuative di quel medesimo risultato, mere attività strumentali, tramite le quali esso deve essere raggiunto: oggetto del diritto del consumatore, che abbia ricevuto un bene difforme, non è tanto, o solo, che esso venga riparato o sostituito, quanto che per effetto della riparazione, o del rimpiazzo, gli venga riconsegnato un bene conforme.

L'osservazione non deve ritenersi puramente nominalistica: essa consente, come dicevamo, di qualificare riparazione e sostituzione come attività strumentali alla realizzazione del diritto del consumatore, e tale strumentalità rispetto ad un fine unico, consente di dedurre la tendenziale equivalenza delle modalità realizzative. Il rilievo fornisce una prima indicazione ermeneutica, che potrebbe rivelarsi atta a risolvere taluni casi dubbi: l'equivalenza dei due strumenti dovrebbe necessariamente postularne la (anche qui, tendenziale) uniformità di disciplina.

Un secondo dato generale, utile ad orientare l'interprete, consiste nella variabilità di contenuto di queste attività strumentali. Può dunque accogliersi, a mo' di convenzione descrittiva, l'idea che la riparazione consista essenzialmente in un *facere* e la sostituzione in un *dare*²²⁷, a patto però di non irrigidire l'approccio definitorio, come potrebbe avvenire assumendo tali termini nel loro significato strettamente tecnico, riferito alla

²²⁶ A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 74 s.

classificazione delle prestazioni obbligatorie: ciò equivarrebbe, tra l'altro, a reintrodurre una rigida demarcazione tra prestazioni di *dare* e prestazioni di *facere* che la normativa sulla vendita di derivazione comunitaria ha mostrato di superare, e finirebbe col complicare l'inquadramento delle ipotesi di confine²²⁸.

A conferma di tale variabilità di contenuto va tenuto presente che l'ultimo comma dell'art. 1519-ter c.c. considera difetto di conformità quello derivante dall'imperfetta installazione, sia se, essendo compresa nel contratto di vendita, sia stata effettuata dal venditore o sotto la sua responsabilità, sia nel caso di prodotto destinato all'autoinstallazione ad opera dell'acquirente, che risulti difettosa per una carenza delle relative istruzioni. Anche in tali casi il consumatore avrà diritto al ripristino, che consisterà nella reinstallazione del bene ad opera del venditore, o sotto la sua responsabilità, ovvero nella consegna al consumatore di istruzioni idonee.

Infine, nel caso in cui la difformità consista in un difetto puramente quantitativo, il ripristino non consisterà né in una riparazione, né nella consegna di un bene sostitutivo, ma semplicemente nell'integrazione della consegna insufficiente²²⁹.

Non sembra dunque possibile determinare a priori, una volta per tutte, il contenuto dell'attività necessaria al ripristino della conformità. Né, a tal fine, può farsi troppo affidamento sulle definizioni normative. Ai sensi del 2° comma, lett. f) dell'art. 1519-bis c.c., per "riparazione" deve infatti intendersi "il ripristino del bene di consumo per renderlo conforme al contratto": nozione non solo ovvia, sino al limite dell'inutilità²³⁰, ma oltre tutto in sé riprodotiva del più ampio concetto di ripristino della conformità del bene, nel quale devono ritenersi comprese tanto la riparazione quanto la sostituzione.

Sdrammatizzando il problema, potrà dirsi che la reale differenza tra le due modalità del ripristino sta nel fatto che solo l'attività di riparazione avrà ad oggetto il bene consegnato in origine, mentre la sostituzione ne comporterà il rimpiazzo con un bene diverso; ferme restando, tuttavia, la relativa indeterminabilità a priori, del contenuto di volta in volta necessario a realizzare il ripristino, e la già rilevata necessità di un trattamento il più possibile uniforme delle due ipotesi.

²²⁷ Così, ad es., G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 193 s.; A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 71.

²²⁸ Basti pensare alla riparazione che richieda l'impiego di parti di ricambio, magari di valore considerevole, o addirittura superiore al valore della manodopera necessaria ad installarle o, ancora, alla sostituzione di una sola delle componenti di un bene complesso (come l'unità centrale di un *personal computer*, ovvero l'amplificatore di un impianto stereofonico): dove si colloca, in tali casi, il discrimine tra riparare e sostituire, ovvero tra *dare* e *facere*?

²²⁹ Su tali (ed ulteriori) ipotesi cfr. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 131 ss. e A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 71 s.

²³⁰ Si leggano, in proposito, le pungenti osservazioni di G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 66 ss.

Abbandonando il piano definitorio, e venendo all'analisi dei requisiti comuni ai due rimedi, prima essenziale caratteristica del ripristino, comunque attuato, è la gratuità: “in entrambi i casi” (recita il 3° comma della norma in commento) esso dovrà avvenire “senza spese” per il consumatore, per tali intendendosi (come precisato dal comma sesto) i “costi indispensabili per rendere conformi i beni, in particolare modo con riferimento alle spese effettuate per la spedizione, per la manodopera e per i materiali”. L'indicazione specifica assume certamente valore solo esemplificativo, dovendosi far rientrare tra i costi sopportati dal professionista tutti gli oneri economici relativi al ripristino²³¹.

Secondo requisito comune dei rimedi primari è la tempestività della loro attuazione: riparazione e sostituzione devono essere compiute entro un termine "congruo" dalla richiesta (art. 1519-quater c.c.), pena la possibilità, per il consumatore, di chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo. La transizione dal testo della direttiva, che faceva riferimento a un “periodo ragionevole”, a quello della novella segna, per un verso, un progresso, avendo introdotto la previsione (nel primo mancante) del *dies a quo* (la richiesta di ripristino) da cui far decorrere il termine di adempimento²³²; per altro verso, il mutamento di formulazione, con l'abbandono del duttile criterio della “ragionevolezza”, rischia di restringere inopportuno i margini di valutazione del giudice, specie per l'assonanza del testo adottato con la previsione di cui all'art. 1454 c.c. (che quantifica nel minimo la congruità del termine)²³³.

Ultimo requisito necessario del ripristino è che esso deve realizzarsi senza arrecare notevoli inconvenienti al consumatore. L'oscurità della formula ne ha favorito interpretazioni divergenti: una prima opinione ritiene che essa vada riferita essenzialmente all'ipotesi in cui la riparazione o la sostituzione risultino inadeguate a far venir meno la difformità (perché, per esempio la prima risulti incompleta, o la seconda abbia a oggetto un bene anch'esso difforme), e interpreta dunque la locuzione "notevoli inconvenienti" come sinonimo di “difettoso ripristino”²³⁴. Si è obiettato che in tal modo la previsione perderebbe ogni autonomia, in quanto il mancato ripristino della conformità troverebbe sanzione già nel secondo comma e inoltre perché, potendosi ritenere inadempito l'obbligo del venditore solo se fonte di inconvenienti notevoli, l'altra interpretazione renderebbe (paradossalmente) irrilevante una difformità non notevole²³⁵.

²³¹ G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 194 s.; in senso (almeno apparentemente) più riduttivo, A. SCARPELLO, *op. cit.*, p. 41.

²³² Così A. SCARPELLO, *op. cit.*, p. 42.

²³³ A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 79 s.

²³⁴ Così già G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 196; in seguito, A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 80.

²³⁵ In questo senso A. SCARPELLO, *op. loc. ultt. citt.*

La critica coglie parzialmente nel segno.

A ben vedere, infatti, la prima lettura giunge a considerare comunque alla stregua di un "inconveniente", la persistente difformità del bene a seguito del ripristino: darebbero infatti luogo a inconvenienti, si afferma, "tutte le irregolarità o inesattezze, di qualsiasi specie, diverse dal ritardo" riscontrabili nell'intervento volto alla riparazione o sostituzione²³⁶. Quanto alla valutazione di gravità, si aggiunge, dovrà ritenersi "notevole" il difetto di conformità residuo che "tenuto conto della natura del bene e dello scopo per il quale il consumatore l'ha acquistato (...) debba ritenersi rilevante"²³⁷. In sintesi: la difformità residua darà sempre luogo a un "inconveniente", il quale, tuttavia, diverrà "notevole" solo se quella difformità possa dirsi "rilevante".

In questi termini, la tesi non può essere condivisa, risultando testualmente smentita da una lettura integrata dei commi 7 e 10 della norma in commento. Infatti, se il persistente difetto di conformità dovesse considerarsi "inconveniente" qualora esso fosse solo "di lieve entità" non potrebbe dirsi inconveniente "notevole" e, dunque, non consentirebbe (ex 7° comma, lett. c) né il ricorso alla risoluzione né alla riduzione del prezzo: ma tale esito, si diceva, appare espressamente contraddetto dal decimo comma, dell'art. 1519-quater c.c., che in caso di difformità lieve esclude, sì, il rimedio risolutorio, ma lascia integro il diritto dell'acquirente alla riduzione del prezzo.

Il difetto di conformità lieve consente, dunque, la riduzione del prezzo, l'inconveniente lieve, viceversa, la esclude: la difformità residua non potrà dunque considerarsi "inconveniente" e le due figure andranno coordinate tenendo presente che le relative norme (7° comma, lett. c), e 10° comma) coprono ambiti di fattispecie diversi: *ex* 7° comma, lett. c), riparazione e sostituzione potranno dirsi "precedentemente effettuate" solo se (oltre che tempestive) abbiano eliminato la difformità: in tal caso non residuerà alcun ulteriore diritto del consumatore fondato sulla difformità (salvo l'eventuale risarcimento del danno), ma potrà ancora essere chiesta la risoluzione o la riduzione del prezzo solo se, nonostante la ripristinata conformità, l'intervento abbia comunque prodotto "inconvenienti notevoli". *Ex* 10° comma, viceversa, se il ripristino sia mancato, non solo perché originariamente impossibile o eccessivamente oneroso (ipotesi testuale), ma anche perché l'intervento (pur possibile e non eccessivamente oneroso) non abbia eliminato del tutto il difetto, saranno ancora esperibili entrambi i rimedi secondari su di essa fondati: anche quello risolutorio, se il difetto è tuttora grave (sia perché rimasto tale *ab*

²³⁶ A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 89 s.

origine, sia perché divenuto tale in seguito a un intervento inappropriato), solo la riduzione del prezzo se la difformità risulti tuttora lieve (o perché tale dall'inizio, o perché, pur originariamente grave, si sia alleviata per effetto dell'intervento volto al ripristino)²³⁸.

A confermare che la locuzione "notevoli inconvenienti" deve riferirsi a pregiudizi diversi dalla persistente difformità (esito negativo del ripristino), sta inoltre la previsione del 4° comma, lett. c) dell' art. 1519-quater c.c., in cui tra gli indici di eccessiva onerosità del singolo rimedio soddisfacente (riparazione o sostituzione) è indicata l'eventualità che il rimedio alternativo possa essere esperito senza notevoli inconvenienti per il consumatore: eventualità da valutarsi, come è logico, preventivamente, ai fini del giudizio di ammissibilità dell'iniziativa dell'acquirente. Ma allora, se la perdurante difformità costituisca (conformemente all'interpretazione qui criticata) notevole inconveniente, la norma andrebbe riferita anche all'ipotesi in cui il rimedio alternativo appaia sin da subito non idoneo a ripristinarla (cioè come se dicesse: "non possa essere esperito senza che la difformità permanga"); e, in tal caso, essa rischierebbe realmente di rivelarsi superflua, essendo difficile scorgere una differenza tra l'ipotesi della sicura inidoneità e quella (già autonomamente prevista) dell'impossibilità del rimedio stesso²³⁹.

Più complesso è il discorso relativo ai presupposti e alle modalità di attivazione dei rimedi primari.

In diretta derivazione dall'art. 3, paragrafo 3, (e dell'undicesimo considerando della direttiva), il 3° comma dall'art. 1519-quater c.c. prevede come presupposti oggettivi di esperibilità della tutela volta al ripristino la circostanza che almeno una delle sue modalità di attuazione (riparazione o sostituzione) risulti oggettivamente possibile e non eccessivamente onerosa. Le variazioni testuali, col passaggio dal criterio della "proporzionalità" a quello della non eccessiva onerosità, e con la specificazione in senso "oggettivo" dell'impossibilità, non sembrano aver mutato la sostanza della disposizione.

Impossibilità oggettiva di sostituzione vi sarà, secondo l'opinione prevalente, in ordine ai beni infungibili²⁴⁰. Diverso discorso riguarda, invece, il caso del bene fungibile, che sia stato dedotto in contratto come cosa specifica, circostanza che taluno ha ritenuto di per sé

²³⁷ A ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 80.

²³⁸ Criticano la tesi di Zaccaria e De Cristofaro (in ordine all'identificazione tra notevoli inconvenienti e persistente difformità), in termini sostanzialmente analoghi a quelli appena esposti nel testo, anche L. GAROFALO e A. RODEGHIERO, sub art. 1519 - *quater*, 7°, 8° e 10° comma, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, *cit.*, p. 408 ss.

²³⁹ In altri termini, la circostanza che il rimedio alternativo non "possa essere esperito senza che la difformità permanga" non pare essere diversa da quella in cui il rimedio stesso "non possa essere esperito" *tout court*.

²⁴⁰ A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 80; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 202.

inidonea a trasformarlo in "un *unicum* insuscettibile di sostituzione"²⁴¹: anche se, a tal fine, andrà valutato, caso per caso, il ruolo assunto dalla qualificazione come specie del bene fungibile operata *ex contractu*, in rapporto alla realizzazione degli interessi in gioco. Dell'impossibilità della riparazione dovrà giudicarsi in base a criteri tecnici: è appena il caso di sottolineare che, anche in questo caso, dovrà trattarsi di un'impossibilità di natura oggettiva, restando irrilevante l'inidoneità soggettiva del venditore a provvedervi, (ad es., per mancanza di un'adeguata organizzazione propria), quando essa possa comunque essere effettuata da un terzo.

"Eccessiva onerosità" è, come si diceva, la formula che ha sostituito, nel testo della novella, quella della "sproporzione", utilizzata invece dalla direttiva per indicare il secondo presupposto (negativo) di esperibilità della tutela soddisfacente: a taluno il mutamento è sembrato non privo di incognite²⁴², ma se appena si confrontano definizione ed indici della "sproporzione" e della "eccessiva onerosità", elencati rispettivamente al 2° comma dell'art. 3, paragrafo 3, della direttiva e all'art. 1519-quater, 4° comma, c.c., è facile constatare che il comune riferimento è in ambedue le norme, al concetto di "irragionevolezza" della spesa imposta al venditore dal rimedio prescelto rispetto all'altro, alla luce del valore del bene in assenza del difetto, all'entità dello stesso, all'esperibilità senza inconvenienti di una tutela alternativa.

Va ricordato piuttosto che la valutazione di irragionevolezza della spesa andrà condotta non solo (come testualmente previsto dal 4° comma dell'art. 1519-quater) attraverso il confronto tra le due modalità del ripristino (cioè tra riparazione e sostituzione), ma anche tra la coppia dei rimedi primari e quella dei rimedi secondari (risoluzione e riduzione del prezzo), come si argomenta dal comma settimo, lett. a) della stessa norma.

Quanto alle modalità di attivazione dei rimedi primari, si è osservato che il legislatore dell'attuazione, introducendo al comma quinto dell'art. 1519-quater c.c. (quale *dies a quo* del congruo termine entro cui il ripristino dev'essere attuato) il riferimento, non presente nella direttiva, al tempo della richiesta, e dunque utilizzando una locuzione volutamente diversa da quella tecnica di domanda, pare riferirsi all'ipotesi di una richiesta avanzata in via stragiudiziale²⁴³. Si è già detto che, in realtà, il terreno su cui più probabilmente potrà realizzarsi l'effettività della tutela sarà quello non contenzioso: per cui è ovvio che la richiesta diretta al ripristino venga, in prima istanza, rivolta al

²⁴¹ G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 203 s. e ivi nota 38 (in cui ulteriori richiami comparatistici), in critica alla contraria opinione manifestata nella fase di attuazione della direttiva dalla dottrina tedesca; in senso analogo A. SCARPELLO, *op. loc. ult. citt.*

²⁴² A. SCARPELLO, *op. cit.*, p. 42 s.

venditore stragiudizialmente. I veri problemi sorgeranno, tuttavia, quando tale richiesta stragiudiziale resti insoddisfatta: senza anticipare rilievi che si svolgeranno di qui a poco ci si deve chiedere se in tal caso, scaduto inutilmente il termine congruo concesso al venditore, il consumatore, cui certamente spetta l'azione risolutoria, possa invece chiedere in giudizio il risultato ripristinatorio non ottenuto. La risposta, senz'altro positiva, implicando la necessità di un'azione ordinaria di condanna, rende allora attuali i rilievi che si era avuto modo di svolgere, circa la carenza di efficienti strumenti realizzativi del diritto al ripristino.

7.3 La scelta tra riparazione e sostituzione

La scelta della modalità attuativa del ripristino è espressamente attribuita, dalla prima parte del 3° comma dell'art. 1519-quater c.c., al consumatore, che dunque potrà decidere liberamente se avanzare richiesta di riparazione ovvero di sostituzione del bene difforme: la norma raccoglie l'indicazione fornita dalla direttiva al decimo considerando²⁴⁴, e disattende l'opinione di chi nel testo comunitario aveva scorto l'instaurazione di un "ordine decrescente di rimedi", volto ad imporre all'acquirente in primo luogo la richiesta di riparazione e solo in seguito quella della sostituzione²⁴⁵.

L'unico criterio idoneo a limitare la scelta tra i due rimedi è quello che fa leva sull'impossibilità oggettiva di attuare uno di essi, ovvero sull'eccessiva onerosità dell'uno rispetto all'altro (art. 1519-quater c.c. 3° comma, parte seconda), intesa quest'ultima come irragionevolezza dei costi che esso impone al venditore, alla luce degli indici di cui al 4° comma.

Si ricorderà che i medesimi criteri (impossibilità oggettiva ed eccessiva onerosità) sono assunti dal 7° comma della norma a presupposto per l'attivazione dei rimedi secondari (riduzione di prezzo e risoluzione del contratto). Se l'impossibilità oggettiva andrà valutata con riguardo al mezzo di tutela, singolarmente considerato, il giudizio di eccessiva onerosità andrà condotto in chiave di comparazione e si articolerà in due fasi: porrà a confronto innanzi tutto entrambi i rimedi primari con i due rimedi secondari, e solo se i primi risultino esperibili in quanto non eccessivamente onerosi rispetto ai secondi, confronterà in seguito i rimedi primari tra loro (cioè la riparazione con la sostituzione). La

²⁴³ A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, Op. cit., p. 76 s.

²⁴⁴ Che in ciò si discostava, peraltro, dal criterio adottato dalla Convenzione di Vienna, il cui art. 46, 2° comma, consente al compratore la richiesta di sostituzione solo se il difetto di conformità "*constitutes a fundament breach of contract*".

novella accoglie, in tal modo, un'interpretazione estensiva dell'art. 3, terzo paragrafo, (e dell'undicesimo considerando) della direttiva 1999/44/CE, certamente antiletterale, in quanto testualmente quelle disposizioni apparivano riferite solo al confronto tra l'uno e l'altro dei rimedi primari, ma proposta da più parti: il cui accoglimento, per altro, sposta ulteriormente, verso la posizione del venditore, il punto di equilibrio del sistema delle tutele.

Circa le modalità di effettuazione della scelta, vale quanto appena osservato, più in generale, in ordine alle modalità di attivazione della tutela.

Più complessa è la questione relativa alla reversibilità della scelta compiuta, in quanto non è pacifico il criterio in base al quale consentire o no al consumatore uno *ius variandi*. Certamente inutilizzabile risulta, a tal fine, il principio sancito dall'art. 1453 c.c., in quanto riferito alla scelta tra rimedio satisfattivo e rimedio risolutorio, e non, come nel caso in esame, tra due diverse modalità di tutela satisfattiva²⁴⁶. Rilievo analogo potrebbe svolgersi in ordine alla norma, da taluno richiamata, di cui all'art. 1492, 2° comma c.c. che, in tema di garanzie edilizie, prevede l'irrevocabilità della scelta tra azione redibitoria ed azione estimatoria, se fatta con la domanda giudiziale: il criterio non pare trasferibile al problema qui in esame, sia perché consiste in una preclusione fondata sull'iniziativa giudiziale (mentre, come s'è visto, la richiesta di riparazione o sostituzione non presuppone la domanda in giudizio)²⁴⁷, sia perché anche l'irretrattabilità di cui all'art. 1492, 2° comma c.c. riguarda la scelta tra forme di tutela di natura diversa rispetto ai rimedi finalizzati all'attuazione dello scambio.

Convenendo con chi ha ritenuto il problema meritevole di "maggiore approfondimento"²⁴⁸, in questa sede ci si limita a segnalare taluni indici, per una sua possibile soluzione: se è vero che le esigenze di efficienza della tutela imporrebbero la massima flessibilità (e dunque il riconoscimento di un ampio *ius variandi* in favore del compratore), in favore dell'irretrattabilità della scelta, anche se compiuta attraverso la semplice "richiesta" stragiudiziale, sembrerebbe deporre viceversa la previsione del 9° comma, lett. a) della norma in commento, laddove fa discendere dalla richiesta del consumatore l'obbligo del venditore di attuare il rimedio richiesto. Senza dubbio, tuttavia, tale irreversibilità non può che essere ristretta entro il "congruo termine" concesso al venditore per attuare il

²⁴⁵ In tal senso G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 73

²⁴⁶ Esclude ugualmente il ricorso all'art. 1453 c.c., correttamente riferendolo alla scelta tra rimedi primari e rimedi secondari A LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione*, cit., p. 125.

²⁴⁷ Al più ci si potrebbe chiedere se esso risulti applicabile al caso in cui la riparazione o la sostituzione siano state fatte valere, dal consumatore, con la domanda giudiziale; ma resterebbe comunque la diversità di termini del problema segnalata in appresso nel testo.

rimedio richiestogli²⁴⁹; ed essa dovrebbe venire meno anche in pendenza di esso (consentendo al consumatore di mutare la domanda di riparazione in quella di sostituzione, o viceversa), qualora risulti ragionevolmente certo che la modalità di ripristino richiesta non condurrà ad esito soddisfacente.

7.4. segue: l'attuazione dei rimedi volti al ripristino: in particolare, i problemi connessi alla sostituzione

Si è visto essere affermazione comune che alla richiesta di riparazione e sostituzione si colleghi il sorgere di un'obbligazione, rispettivamente di *facere* e di *dare*, a carico del venditore e si è chiarito in quali limiti tale affermazione possa essere condivisa.

Mette conto, a questo punto, sottolineare a quali altri effetti dia luogo l'attivazione della tutela, e quali siano i problemi ricostruttivi che essa (specie nella variante della sostituzione) fa sorgere.

Al diritto del consumatore di ottenere la regolarizzazione della prestazione difforme si accompagnerà innanzitutto una serie di doveri di cooperazione, allo stesso imposti in vista della realizzazione della tutela.

Così, se il ripristino debba avvenire mediante riparazione, l'acquirente dovrà mettere a disposizione del venditore, o del terzo da questi incaricato, il bene da riparare: sia che tale messa a disposizione consista nel consentire l'accesso al bene in suo possesso (quando al ripristino possa, o debba provvedersi con un intervento presso il consumatore), sia che debba invece tradursi in una riconsegna del bene difforme all'alienante o al terzo (per la necessità di procedere alla riparazione mediante apposita organizzazione tecnica del venditore o di terzi ad esso collegati o di provvedere alla spedizione del bene presso il produttore o la sua rete di assistenza). La mancata cooperazione del consumatore in tal senso darà luogo a un'ipotesi di mora del creditore, *ex art. 1206 c.c.* Resta fermo, in ogni caso, il carattere gratuito del ripristino: per cui anche l'attività di cooperazione cui il consumatore è tenuto non potrà tradursi nella sopportazione da parte sua di spese, le quali restano tutte a carico del professionista (comprese quelle inerenti alla riconsegna, e alla spedizione, *ex art. 1519-quater, 6° comma*).

²⁴⁸ Il giudizio è ancora di A. LUMINOSO, *op. loc. ult. cit.*

²⁴⁹ Così A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 77.

Ma è quando al ripristino debba provvedersi mediante sostituzione del bene difforme che l'attuazione del rimedio apre tutta una serie di problemi, rilevanti sul piano strettamente applicativo, ma connotati altresì da non lievi implicazioni teorico - ricostruttive, di cui sinora la dottrina non sembra essersi fatta carico²⁵⁰, e alle quali conviene pertanto far cenno.

Si è visto che della sostituzione, diversamente da quanto avviene per la riparazione, che la novella (peraltro poco perspicuamente) definisce all'art. 1519-bis 2° comma, lett. f) c.c., non è dato rinvenire una definizione normativa: in dottrina, vi è chi si limita al già citato riferimento all'obbligazione di *dare*²⁵¹, chi analogamente parla di "dazione di un bene diverso avente tutte le caratteristiche del bene venduto"²⁵², chi infine, con maggior precisione, intende l'impegno del venditore relativo alla sostituzione come avente a oggetto "il trasferimento e la consegna di un bene di consumo che presenti tutte le caratteristiche che il bene inizialmente consegnato al consumatore avrebbe dovuto possedere per poter essere considerato conforme al contratto"²⁵³.

La definizione rende esplicito, a differenza di quella più generica riferita all'obbligazione di *dare*, che il risultato del ripristino mediante sostituzione consiste nell'assicurare al consumatore tanto l'acquisto della proprietà quanto l'effettiva disponibilità materiale del bene sostitutivo. Ad entrambi i profili si collegano dubbi e questioni, sia teorici che pratici, di difficile soluzione, che in questa sede (specie per quanto attiene la costruzione teorica) potranno solo essere enunciati, ma che potrebbero rivelarsi decisivi al fine dell'inquadramento sistematico dei nuovi rimedi²⁵⁴. In generale, pesa sulla ricostruzione l'opzione teorica di fondo che si ritenga di compiere in ordine a natura e funzione dei rimedi stessi e dunque a seconda che il ripristino venga inteso come attuazione dell'impegno originario dell'alienante ovvero come oggetto di un'obbligazione nuova, finalizzata a una tutela di tipo reintegratorio.

Muovendo dal profilo del trasferimento, è fuori discussione che al consumatore debba riconoscersi la proprietà del bene sostitutivo. Meno chiaro, se si procede analiticamente e tenendo fede alla logica tradizionale della traslatività, è come ricostruire, e a quale titolo ricollegare, tale acquisto: si tratterà di un nuovo, ed autonomo, trasferimento? E, in questo

²⁵⁰ Di tali problemi segnala il profilo economico G.B. FERRI, *Divagazioni intono alla direttiva n. 44 del 1999*, cit., p. 72

²⁵¹ A. ZACCARIA e G. De CRISTOFORO, *op. cit.*, p. 71.

²⁵² A. SCARPELLO, *op. cit.*, p. 41, formula quanto meno equivoca, nella misura in cui, nel riferirsi alle "caratteristiche del bene venduto" (anziché quella più corretta di caratteristiche di un bene conforme al contratto) si presta a un'interpretazione paradossale: essa infatti condurrebbe, se presa alla lettera, a intendere la sostituzione come consegna di un nuovo bene che, al pari di quello *venduto*, risulti ugualmente difforme.

²⁵³ Così G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 194.

²⁵⁴ E del superamento, cui si faceva cenno, della logica informa il tipo generale codificato.

caso, oltre al dubbio circa il titolo dell'acquisto, o al momento in cui esso si realizza, quale sarà la sorte dell'effetto traslativo già prodottosi in ordine al bene difforme?

Non soccorrono, in proposito, le indicazioni normative e le costruzioni teoriche relative alla fattispecie, solo per certi versi analoga, della c.d. "compera in danno" (art. 1516 c.c.), in cui l'effetto risolutivo della prima compravendita, rimasta inadempita, si giustifica concettualmente con l'idea di un "rimpiazzo del contratto originario" con il nuovo ed autonomo contratto concluso dall'acquirente insoddisfatto con il terzo²⁵⁵: circostanza affatto diversa dal caso della sostituzione, in cui le parti restano quelle originarie, e continuano a trovare applicazione le clausole del primo regolamento (basti pensare a quelle che descrivono il bene, o che ne individuano l'uso particolare voluto dal consumatore).

Resterebbe poi da stabilire quale sia la fattispecie giustificativa del nuovo trasferimento: il contratto originario in sé, per il solo fatto della difformità nella sua esecuzione, o (sulla base di tali presupposti) la richiesta di ripristino mediante sostituzione, avanzata dal consumatore? A tale richiesta dovrebbe allora ricollegarsi il sorgere, in capo al venditore, di un'obbligazione di "procurare l'acquisto" (nonché la materiale disponibilità) di un bene nuovo ma conforme al contratto originario: e dunque, di regola, a procedere a una nuova individuazione.

Certo, a ritenere la sostituzione come attuazione dell'impegno traslativo originariamente assunto dal venditore, alcune delle difficoltà evidenziate parrebbero ridursi: titolo del trasferimento resta il contratto di compravendita, e lo svolgimento dell'attività necessaria al ripristino, mediante sostituzione del bene difforme (la scelta della quale varrà solo a determinare la relativa modalità) come realizzazione dell'originario risultato traslativo rimasto inattuato in ragione della difformità stessa. Permane, intatta, la difficoltà rappresentata dall'effetto reale già realizzatosi sia pure irregolarmente (il che è sufficiente a ritenere non adempiuto l'impegno traslativo "qualificato" posto a carico del venditore dalla nuova disciplina). Se dovesse ritenersi risolta in senso tecnico la prima vicenda resterebbe da determinare la fattispecie produttiva di tale risoluzione: la richiesta di sostituzione, oppure la consegna del bene sostitutivo? E che dire, allora, dei casi in cui la nuova consegna venisse preceduta dall'effetto traslativo, a seguito, ad esempio, di un'individuazione consensuale?

²⁵⁵ F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili, cit.*, p. 194.

Tutto ciò conferma, crediamo, la necessità per l'interprete della nuova disciplina di svincolarsi in qualche misura, nella ricostruzione degli strumenti attuativi, da una logica di traslatività pura: come già la valutazione originaria di responsabilità del venditore professionale risulta sganciata dal momento (e dal presupposto) del trasferimento di proprietà, per privilegiare il tempo (e l'obiettivo) dell'effettiva consegna di un bene conforme al consumatore, così anche i meccanismi di realizzazione del ripristino andranno ricostruiti svalutando il rilievo (anche concettuale) dell'effetto reale, e rivalutando invece il dato materiale. Si potrà, allora, pensare la consegna in sostituzione come rinnovazione dell'attività esecutiva dovuta *ex contractu*, il cui esito realizza, in conformità all'originario programma traslativo, sia la materiale disponibilità del bene che una sorta di “surrogazione reale” dell'oggetto (del trasferimento e quindi) del diritto di proprietà dell'acquirente.

Quelli sin qui enunciati sono tuttavia interrogativi di rilievo prevalentemente teorico-costruttivo; più immediati appaiono i riflessi pratici connessi al secondo profilo della vicenda sostitutiva, quello cioè, del quale si è appena sottolineata la centralità, avente a oggetto la materiale messa a disposizione del compratore del bene nuovo.

Da questo punto di vista, la richiesta di sostituzione comporta, innanzi tutto, che il venditore sia tenuto a una nuova consegna, avente a oggetto tale bene: ma implica, altresì, l'obbligo del compratore di restituire il bene difforme originariamente ricevuto (che, dal canto suo, l'alienante sarà tenuto a ricevere). Nasce allora il quesito circa i presupposti e i termini di esigibilità della restituzione, nonché circa le conseguenze di un eventuale rifiuto del consumatore di effettuarla.

Tenendo presente quanto appena osservato, se l'obbligo di restituire il bene difforme appare giuridicamente conseguente alla realizzata sostituzione, da un punto di vista logico consegna del bene nuovo e restituzione di quello difforme appaiono compresenti nel concetto di sostituzione (e dunque contestuali): per cui potrà dirsi che, come di sostituzione non si può parlare sino alla consegna del nuovo bene, per cui sino al momento in cui essa venga offerta al consumatore non potrà pretendersi che questi restituisca il bene originariamente consegnatogli, così per converso se tale restituzione manchi, la nuova consegna non potrà dirsi sostitutiva.

Anche qui varranno, in proposito, i presupposti teorici di fondo, accolti in ordine alla tutela volta al ripristino, e in particolare dalla proposta equiparazione di rilevanza tra la consegna del bene sostitutivo e quella originaria: il che consentirà, innanzi tutto al consumatore di rifiutare una sostituzione inidonea (e dunque la consegna di un bene nuovo che risulti

anch'esso palesemente non conforme al contratto), nonché la conseguente restituzione del bene originariamente ricevuto. Viceversa, dato il nesso logico tra consegna sostitutiva (non palesemente inidonea) e restituzione del bene originariamente consegnato, che ne postula la tendenziale contestualità, sarà consentito al venditore, che abbia offerto la consegna sostitutiva, di non effettuarla, a fronte di un rifiuto ingiustificato del consumatore di restituire il bene originario. Salvo chiedersi se tale rifiuto rappresenti inadempimento di un'obbligazione corrispettiva a quella di consegna del bene nuovo, che il venditore rifiuterebbe allora sollevando un'eccezione di inadempimento. ovvero se (come forse più probabile), analogamente a quanto visto per la riconsegna al venditore del bene da riparare, la restituzione del vecchio bene non rientri nell'attività cui il consumatore è tenuto a titolo di cooperazione necessaria all'adempimento sostitutivo, e il cui rifiuto potrà innanzi tutto dar luogo a un'ipotesi di *mora credendi*, con tutte le conseguenze, anche risarcitorie, ad essa connesse.

Deve sottolinearsi, per altro, che anche a ragionare in termini di cooperazione del consumatore all'adempimento sostitutivo, e di conseguente mora del creditore, quello di restituire il bene originario appare essere un vero e proprio obbligo, del quale il venditore, una volta che abbia conseguito la liberazione coattiva²⁵⁶, potrà esigere senz'altro l'adempimento.

7.5 segue: l'esito negativo dei rimedi volti al ripristino

Di esito negativo della tutela satisfattiva dovrà parlarsi nella serie di casi (più ampia rispetto al novero delle ipotesi ascrivibili al mancato ripristino della conformità strettamente inteso) prevista dal 7° comma dell'art. 1519-quater c.c.

La norma sembra equiparare all'ipotesi prevista *sub* lettera b), in cui il ripristino sia del tutto mancato entro il termine congruo di cui al 5° comma²⁵⁷, quella, di cui alla lett. c), in cui la sostituzione o la riparazione "precedentemente effettuata ha arrecato notevoli inconvenienti al consumatore".

In ordine alla seconda ipotesi, resta fermo quanto già osservato in merito alla possibilità di distinguere il caso di riparazione e sostituzione inidonee al ripristino della conformità

²⁵⁶ Attraverso il deposito liberatorio di cui all'art. 1514 c.c., la cui applicabilità alla vendita di beni di consumo non dovrebbe dar adito a dubbi, almeno per chi affermi (come da noi sostenuto) l'equiparazione tra la consegna sostitutiva e l'originaria consegna del bene venduto.

(perché non in grado di eliminare la difformità preesistente, o causa a loro volta di nuovi difetti) dal caso in cui esse, pur attuando il ripristino, risultino foriere di ulteriori e diversi pregiudizi o disagi per il consumatore. La differenza tra i due casi, giova ribadirlo, attiene alla valutazione di gravità dell'inconveniente, che la legge richiede sia "notevole" per fungere da presupposto di attivazione dei rimedi secondari (risoluzione/riduzione del prezzo): tale grado di gravità, infatti, dovrà considerarsi sempre presente in ipotesi di (perdurante o nuova) difformità del bene, sia pur minima rispetto ai parametri, mentre dovrà valutarsi, caso per caso, nell'ipotesi di pregiudizi diversi. Conforta tale interpretazione il disposto di cui al 1° comma dell'art. 1519-quater c.c., che sancisce la responsabilità del venditore "per qualsiasi difetto di conformità", e dunque indipendentemente dall'entità del difetto stesso.

Quanto all'ipotesi sub b) c'è da chiedersi se il decorso del termine assegnato al venditore per provvedere al ripristino sia presupposto necessario per poter attivare i rimedi secondari, anche nel caso in cui, già prima della scadenza, appaia ragionevolmente certa la volontà dell'obbligato di non adempiere (come nel caso limite di esplicito rifiuto del venditore a provvedervi): anche qui vale quanto suggerito in precedenza, nel senso di equiparare al caso, da altri prospettato²⁵⁸, in cui sin dall'inizio il venditore non appaia in grado di procedere al ripristino, quello in cui circostanze inequivoche dimostrino che egli non intende aderire alla richiesta di riparazione/sostituzione.

In tutte le ipotesi in cui l'esperimento di anche uno solo tra i due rimedi primari²⁵⁹ abbia dato esito negativo [come in quelli, di cui alla lett. a) del 7° comma dell'art. 1519-quater c.c., in cui l'azionabilità di quegli stessi rimedi risulti preclusa], si apre dunque al consumatore la via della tutela sussidiaria, costituita dalla richiesta di risoluzione o di riduzione del prezzo. Atteso che la formula normativa ne consente in tali casi l'attivazione, ci si è chiesti se, verificatisi quei presupposti, il compratore sia altresì tenuto a ricorrere ai rimedi secondari: quesito che, a ben vedere, si traduce nel valutare la reiterabilità della tutela primaria richiesta e risultata insoddisfacente.

Nel silenzio della norma, due diverse prospettive di valutazione paiono astrattamente percorribili.

²⁵⁷ I commentatori più attenti (cfr. G. DE NOVA, *La direttiva 1999/44/CE e la sua attuazione*, cit., p. 4) hanno subito rilevato l'errore materiale contenuto nel rinvio di cui al comma settimo dell'art. 1519-quater, che pur se testualmente riferito al "comma sesto", deve intendersi come rinvio al "comma quinto" della disposizione.

²⁵⁸ Il riferimento è a A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 75

²⁵⁹ Testualmente la lett. b) della norma in esame subordina il ricorso ai rimedi secondari alla circostanza che il venditore non abbia tempestivamente provveduto "alla riparazione o alla sostituzione" (sottolineano la significatività della disgiuntiva anche A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 81, in cui si propone il quesito enunciato nell'immediato prosieguo del testo).

L'una (di ordine strettamente giuridico) conduce a negare l'esistenza di ostacoli di ordine tecnico che possano impedire al consumatore di promuovere (verosimilmente con la domanda giudiziale) l'attuazione della medesima modalità ripristinatoria già inutilmente esperita, o di richiedere (qui anche solo stragiudizialmente, al venditore) l'applicazione del rimedio soddisfattorio alternativo²⁶⁰: e ciò resta vero, in termini argomentativi, sia per chi ritenga di fondare l'obbligazione avente a oggetto il ripristino della conformità sull'impegno traslativo originario, configurando di conseguenza la richiesta in esame come azione di (esatto) adempimento, sia per chi viceversa la costruisca come obbligazione (sucedanea) realizzante una forma di tutela restitutoria, nel qual caso la domanda giudiziale avrà ad oggetto l'adempimento di questa diversa obbligazione.

La seconda prospettiva (fondata su pragmatiche considerazioni di opportunità ed efficienza), rischia di rivelare la sostanziale inutilità di una reiterazione del rimedio primario in sede giudiziale: se non altro a tener fede alle risultanze letterali della nuova disciplina, dalle quali, come s'è avuto modo di rilevare, non sembrano indicarsi vie alternative a quella (faticosa e incerta) di un ordinario processo di cognizione.

Resta ancora da verificare quale sia il rilievo assunto, a fronte del l'esito insoddisfacente dei rimedi primari, dalla tendenziale equiparazione, a suo tempo proposta, tra la (nuova) consegna conseguente al ripristino (avente a oggetto il bene riparato, o il bene sostitutivo) e consegna originaria, equiparazione che si era fatta discendere dall'idea del ripristino stesso come attuazione del risultato traslativo originariamente dovuto *ex contractu*. Alla luce dell'ulteriore premessa, anch'essa già enunciata, che considera riparazione e sostituzione come semplici modalità del ripristino, mere attività strumentali, tramite le quali esso deve essere raggiunto. La verifica si rende necessaria in quanto, tra i primi commenti alla novella, si è adottata la prospettiva opposta, volta a distinguere il rilievo assunto dalla sostituzione rispetto a quello della riparazione: si è così sostenuto che solo nel primo caso, dalla consegna del bene sostitutivo dovrebbe decorrere un nuovo termine di garanzia, mentre in presenza di semplice riparazione sarebbe impensabile il rinnovarsi della garanzia dato che il bene "è sempre il medesimo"²⁶¹.

²⁶⁰ Nello stesso senso concludono A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 80 s. e A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione*, cit., p. 125.

²⁶¹ Così A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 80 ss. (la citazione è a p. 83); da altri si è affermata la "reviviscenza della garanzia legale", destinata per altro a coprire "l'intero bene nei casi di sostituzione totale", ovvero "la sola componente inserita al posto di quella difettosa nell'altra ipotesi" (R. CALVO, *op. cit.*, p. 473).

In termini di logica formale, potrebbe dirsi che se è vero che il bene riparato è sempre il medesimo, alla riparazione farà seguito comunque una nuova consegna, tale da fondare una valutazione di conformità (*rectius*: di ripristinata conformità) anch'essa nuova e dunque, come tale, tendenzialmente soggetta alla medesima disciplina di quella originaria. A voler essere coerenti con la tesi criticata, dovrebbe viceversa negarsi alla riconsegna del bene riparato autonoma rilevanza: si giustificerebbe così il persistente rilievo della consegna originaria, come *dies a quo* per il decorso del termine di garanzia, ma anche (dovrebbe aggiungersi) come riferimento temporale del giudizio di conformità, e dunque come momento al quale ancorare la valutazione di esistenza (e rilevanza) della singola difformità.

Ciò, tuttavia, rischia di condurre a esiti iniqui, se solo ci si raffiguri il caso, tutt'altro che teorico, in cui lo stesso intervento ripristinatorio sia, a sua volta, fonte di un difetto di conformità nuovo (e diverso) da quello che era diretto a riparare: se (in accordo con gli sviluppi logici della tesi criticata) non si considerasse la riconsegna come momento rilevante al fine del giudizio di conformità, dovrebbe paradossalmente negarsi ogni rilievo a tale nuovo difetto, in quanto non esistente al momento della prima (ed unica rilevante) consegna. Se, per ovviare a tali incongruenze, si attribuisce invece il dovuto rilievo alla riconsegna del bene riparato, si dovrà costruirla come momento in cui rinnovare il giudizio di conformità, ma anche come *dies a quo* di un nuovo termine di garanzia, quanto meno con riguardo ai difetti (nuovi e) derivanti dal ripristino.

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, se l'interpretazione proposta non si traduca, da un lato, in un eccesso di tutela (per effetto del prolungamento del termine biennale cui la legge restringe il manifestarsi rilevante della difformità), dall'altro in fonte di manovre speculative da parte del consumatore. Ma al primo dubbio si è già risposto, distinguendo tra difetti che trovino origine in cause già presenti al tempo della prima consegna, il cui termine di manifestazione resterà di conseguenza quello originario, e difetti che trovino causa proprio nell'intervento ripristinatorio: se fonte della difformità sia la stessa riparazione, o meglio, se essa abbia posto in essere il fattore causale sufficiente al prodursi di un nuovo difetto, sembra difficile giustificare sia l'irrelevanza in sé della nuova difformità, sia la limitazione temporale di rilevanza del suo manifestarsi.

A ritenere diversamente resterebbe tra l'altro da spiegare perché alla consegna di un bene usato l'ultimo comma dell'art. 1519-bis c.c. applichi il termine biennale di garanzia, con norma che fornisce argomento (nella parte in cui tiene conto dell'utilizzo pregresso ed esclude il rilievo dei difetti derivanti dall'uso normale) a sostegno della distinzione tra difformità originaria e difformità conseguente alla riparazione, qui prospettata.

Quanto al secondo motivo di dubbio (il rischio di abusi da parte del consumatore che abbia ricevuto il bene riparato, e miri ad estendere l'arco temporale di azionabilità dei rimedi, sostenendo l'incidenza causale della riparazione sulla difformità) esso oltre che controbalanciato dal relativo onere probatorio gravante sullo stesso, francamente non sembra essere, meno grave del pericolo di esenzione da responsabilità di cui, diversamente ragionando, verrebbe a godere il professionista in relazione ad interventi ripristinatori impropri e dannosi.

Capitolo cinque

Confronto con figure diverse

8.1 Vendita su campione

Tali considerazioni se, per un verso, consentono di cogliere una certa differenza tra l'una e l'altra ipotesi, per altro verso, conducono la nostra analisi verso la disciplina della vendita su campione di cui all'art. 1522 cod. civ.²⁶². Il concetto di conformità, o, più precisamente, quello contrario di difformità, infatti, era già stato utilizzato dal nostro legislatore proprio in quella disposizione²⁶³.

Secondo quella disciplina, qualora venga conclusa una vendita a campione, quest'ultimo deve essere utilizzato, salvo che dalla convenzione o dagli usi non risulti diversamente, come "esclusivo paragone per la qualità della merce", con la conseguenza che, se la merce acquistata presenti "qualsiasi difformità" rispetto al campione, il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto²⁶⁴.

²⁶² F. DEGNI, *Lezioni di diritto civile. La compravendita*, Padova, 1935, pp. 102-103; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 358 ss.; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 120 ss.

²⁶³ G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, cit., p. 869, osserva come il concetto di conformità sia già stato utilizzato in altre discipline di derivazione internazionale: la legge uniforme sulla vendita internazionale di beni mobili corporali e la convenzione di Vienna del 1980.

²⁶⁴ T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 483 crede che la vendita a campione non sia diversa da una vendita nella quale le parti, abbiano in luogo di enumerare una dopo l'altra le singole caratteristiche del bene, fatto riferimento ad un modello che, tutte, le comprenda. "Il riferimento ad un campione evita appunto la difficoltà di enumerazione di qualità, che potrebbe sempre riuscire incompleta". Sul punto tuttavia ci sia consentito di osservare che questa tesi sarebbe ricca di implicazioni, quanto meno sul profilo del rinvio per *relationem*, - sui quali sia consentito di rinviare alle intuizioni di M. ALLARA, , Padova. 1936, p. 250 ss.; DI PACE., *Il negozio per relationem*, Torino, 1940 e A.

Con la vendita a campione e su tipo campione il nostro legislatore ha già sperimentato, nonostante il contrario avviso della dottrina che risale la nozione solo alla più recente disciplina della vendita internazionale dei beni mobili, il concetto di conformità - difformità e l'utilizzo di un termine di raffronto per valutare l'interesse del compratore alla manutenzione del contratto.

Le due ipotesi di conformità, però, non possono essere omologate, poiché la vendita su campione e la disciplina comunitaria sulla vendita dei beni di consumo, quand'anche si valgano dell'identica espressione linguistica "conformità", rimangono distinte²⁶⁵ e operano secondo presupposti e meccanismi differenti.

Del resto, lo stesso legislatore comunitario e, di riflesso, quello nazionale, avverte tale disuguaglianza e, proprio nello stabilire quando un bene possa dirsi conforme, precisa che anche nel caso di vendita di bene di consumo può darsi una vendita su campione o modello, sicché, in tale evenienza, il bene deve, tra l'altro, possedere le qualità del bene che sia stato presentato come modello o campione [art. 2, comma 2, lett. a) direttiva e art. 1519-ter, comma 2, lett. b) cod. civ.]. Ciò, però, non basterebbe per dire che esso è conforme, perché, comunque, dovrebbe rispondere anche a tutti gli altri indici di conformità.

La circostanza che, nella vendita di beni di consumo, l'ipotesi di vendita su campione sia soltanto una eventualità, svela che essa non risolve la più complessa questione della conformità, della quale ne costituisce piuttosto una appendice accidentale.

A una analisi più attenta, infatti, si scorge tra la norma dell'art. 1522 cod. civ. e quella contenuta nella nuova disciplina sulla vendita dei beni di consumo una notevole differenza: nella prima il confronto, ai fini di valutare la conformità del bene, si svolge tra il bene sul quale si appunta il diritto trasferito mercé il contratto e il bene campione; nella seconda, invece, tra il bene oggetto della vendita e quello profilato nel contratto ("il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita" art. 1519-ter, comma 1 cod. civ.).

GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione. Contributo allo studio del negozio per relationem*, Milano, 1966 -. Secondo la prospettazione di Ascarelli il fenomeno del rinvio non sarebbe più affidato ad un fatto di linguaggio (individuazione delle qualità del bene), ma ad una *res* (quella scelta come campione) e sul punto le osservazioni di G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, passim e spec. pp. 181 e 182, secondo cui i negozi solenni sarebbero caratterizzati dall'impossibilità di ricorrere ad altri accordi., esterni alla scrittura, con i. quali si fissa il significato di talune espressioni e dall'inammissibilità di una *relatio* a un ulteriore fatto di linguaggio.

²⁶⁵ Contraria R. FADDA, *op. ult. cit.*, p. 418. secondo cui la specifica previsione contenuta nell'art. 1519-ter cod. civ., nella quale si fa riferimento alla vendita su campione o modello, "ricalca la fattispecie della vendita su campione disciplinata dall'art. 1522 del nostra codice civile".

Nell'un caso il raffronto si svolge tra due beni, ossia tra termini fra loro omogenei; nel secondo caso, invece, tra un bene e una descrizione di un bene, ossia tra termini disomogenei. Nell'un caso il bene si trova di fronte a un altro bene, nell'altro soltanto di fronte a parole. In tale ultima circostanza, è, pertanto, necessario rendere i due termini tra loro omogenei, altrimenti risultando impossibile lo svolgimento di un qualsivoglia tipo di raffronto. Poiché, come è ovvio, le parole non possono essere ridotte in beni, lo svolgimento del giudizio di conformità reclama la trasformazione del bene in parole, di modo che i termini da raffrontare siano ridotti a una medesima specie.

Il tema tocca, quindi, le difficili questioni dell'oggetto del contratto e mostra palese la diversità tra il caso di vendita a campione e quello della vendita di beni di consumo.

Nella vendita su campione l'indagine sulla qualità della merce venduta, ai fini di valutare la ricorribilità al rimedio risolutorio, viene percorsa mediante la comparazione di due *res* (il bene concretamente consegnato e il bene usato come campione); nella vendita di beni di consumo, invece tra *verba* (la descrizione del concreto bene venduto e la descrizione del bene come profilato nel contratto).

Il percorso logico da seguire nella nuova disciplina sembra ben più complesso di quanto non lo sia nella vendita su campione: individuato il bene venduto, questo da *corpus* deve ridursi a fatto di linguaggio, di modo che possa essere comparato a quello, profilato nel contratto e, quindi, svolto il giudizio di comparazione che consentirà di stabilire se vi sia, o meno, la conformità.

8.2 Vendita di beni immateriali

La circostanza segnalata circa la differenza del cammino logico che l'interprete deve percorrere qualora voglia valutare la conformità/differenza nelle ipotesi di vendita su campione o nei casi di vendite dei beni di consumo consente di cogliere anche un'ulteriore dissimiglianza tra le due figure: mentre la vendita su campione può riguardare soltanto beni *qui tangi possunt*, la vendita di beni di consumo potrebbe anche riguardare *res* immateriali, *qui tangi non possunt*.

La vendita su campione, così come quella su tipo campione, presuppone, infatti, l'esistenza di un campione, cioè di un bene materiale che possa essere utilizzato come termine di raffronto ai fini di valutare la conformità a – esso del bene venduto. La vendita dei beni di

consumo, invece, non richiede il campione, perché la conformità va valutata avendo riguardo al modo in cui il bene venduto sia stato descritto nel contratto.

Diremmo, facendo uso di una semplificazione, che la vendita su campione e su tipo campione presuppone sempre una *res* esterna al contratto, mentre la vendita di un bene di consumo non richiede altro dal contratto. Richiede soltanto che il termine esterno, sul quale si appunta il diritto oggetto della vendita, sia profilato nell'accordo. Le considerazioni svolte consentono, allora, di sostenere che la vendita di un credito o di un'azione o di una quota societaria o di un'opera dell'ingegno o la vendita di un bene futuro²⁶⁶, mentre non potrebbero essere soggette alla disciplina di cui all'art. 1522 cod. civ., proprio per l'impossibilità di trovare la *res* da fruire a mò di campione o modello, potrebbero, invece, essere soggette alla disciplina dei beni di consumo, per l'applicazione della quale sarebbe necessario e sufficiente che il bene sia stato profilato nel contratto e non anche che esso sia materialmente esistente in natura.

Il problema, però, soprattutto se si pensa alla applicabilità della disciplina in commento a beni quali azioni, quote societarie, software, opere dell'ingegno o altri beni immateriali, tocca un'altra più importante questione: la riconducibilità di questi beni nella nozione di bene accolta nell'art. 1519-bis, comma 2, lett. b). Infatti, per affermare l'applicabilità della disciplina in commento a quei beni deve postularsi positivamente risolta la questione della loro sussumibilità nella nozione positivamente prescritta.

L'indagine interseca un profilo che, di sicuro, travalica la nostra analisi e che, pertanto, può soltanto essere abbozzato²⁶⁷.

Sul punto ci sia consentito registrare la fondamentale diversità tra il testo della direttiva comunitaria e quello della disciplina nazionale. Secondo l'art. 1, comma 2, lett. b) della direttiva comunitaria il bene di consumo è "qualsiasi bene mobile materiale", secondo il decreto legislativo (art. 1519-ter, comma 2, lett. b), cod. civ. "qualsiasi bene mobile, anche da assemblare".

Il raffronto tra i testi mostra chiaramente la scomparsa, nel testo di legge municipale, del riferimento alla materialità, sicché sarebbe da credere che il legislatore nazionale abbia voluto dilatare l'applicazione della disciplina anche ai beni immateriali.

²⁶⁶ Quand'anche, infatti, la cosa non sia venuta ad esistenza essa deve, di necessità, essere stata profilata nel contratto di compravendita, sicché sarebbe possibile anche verificarne la conformità.

²⁶⁷ G. AMADIO, *La "conformità al contratto" tra garanzia e responsabilità*, cit., p. 10 ss., nel commentare la direttiva inclinava a considerare fondamentale il riferimento al "consumo"; avvisando che la disciplina avrebbe dovuto regolare "l'operazione di scambio di beni seriali, fungibili, momento singolo della distribuzione organizzata, assistita da servizi post-vendita o da processi di integrazione tra produttore e distributore".

Resta, tuttavia, da chiarire cosa significhi "di consumo". Deve chiarirsi, cioè, se quel genitivo che accompagna il sostantivo "bene" perda il suo significato nella definizione dell'art. 1519-bis, comma 2, lett. b), che nessun riferimento reca all'idea o al concetto di consumo, o se, invece, esso possieda, comunque, un grado di significato autonomo capace di completare la definizione stessa.

Secondo la prima lettura, pertanto, sarebbe sufficiente che la vendita riguardasse un qualsiasi bene mobile anche da assemblare, perché la formula linguistica "di consumo" si riferirebbe non già al bene oggetto della vendita., ma alla qualità soggettiva di uno dei contraenti. Viceversa, secondo l'altra prospettazione, sarebbe anche necessario che il bene mobile (anche da assemblare) sia destinato al consumo, perché riferiremmo la formula linguistica "di consumo" non già alle parti del contratto, ma al bene oggetto del contratto.

Soltanto seguendo la prima chiave, di lettura, la quale, per altro, sembrerebbe maggiormente fedele alla tecnica definitoria adoperata dal legislatore, sarebbe possibile concludere che la disciplina sulla vendita dei beni di consumo trovi applicazione anche alle ipotesi di vendite di azioni di società o di software intercorse tra un professionista e un consumatore. Non anche nella seconda prospettiva.

Capitolo sei

Il difetto di conformità quale criterio di unificazione della normativa in tema di garanzia nella vendita

9. Dal difetto di conformità al superamento delle nozioni di vizio, mancanza di qualità e *aliud pro alio*?

A titolo introduttivo del presente paragrafo gioverà spendere qualche parola sul concetto di garanzia in generale. In diritto privato²⁶⁸, il termine "garanzia", pur nella pluralità ed eterogeneità di significati assunti²⁶⁹, pare sostanzialmente riconducibile ad un rischio che -

²⁶⁸ "Il termine garanzia è assunto, nel linguaggio tecnico-giuridico odierno, per indicare concetti ed istituti diversi anche nel campo del diritto pubblico interno (garanzie o guarentigie costituzionali, garanzia amministrativa), internazionale (garanzie internazionali), processuale (cause di garanzia, connessione per garanzia)". [M. FRAGALI, voce *Garanzia I* *Premessa*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 447].

²⁶⁹ Sui diversi significati del termine garanzia, G. Tucci, voce *Garanzia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 581 (per il quale, considerando "unicamente il linguaggio legislativo ..., si possono senza dubbio individuare diversi ed eterogenei significati via via assunti dal termine" garanzia); M. FRAGALI, voce *Garanzia II* *Garanzia e diritti di garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 448 (secondo cui "Con una sola parola ... si designano situazioni disparate", risultandone "confusione ed equivoci, per quanto chiari possano essere la natura e i caratteri di ciascuna fattispecie, e chiaro il fondamento e il contenuto della disciplina che ognuna riceve"); L. BELLANOVA, *Differmità, vizi e difetti nell'appalto: a proposito del I comma dell'art. 1667 c.c.*, in *Contr. impr.*, 1994, p.

volontariamente o legalmente - un soggetto corre, al fine di assicurare l'adempimento di una determinata prestazione²⁷⁰.

La predetta definizione²⁷¹, se si vuole, più ristretta rispetto a quella che "in termini estremamente generici e descrittivi [...] intende per garanzia ogni mezzo destinato a rendere più sicuro il godimento di un diritto o l'adempimento di un obbligo"²⁷², presenta del resto il duplice pregio di mantenere sotteso il filo con la tradizione e, nel contempo, di ricomprendere le c.d. garanzie legali, intendendosi per esse quelle i cui effetti sono previsti dalla legge²⁷³.

Infatti, va sottolineato come le garanzie nella vendita sembrano ricollegabili all'assunzione di un rischio e non all'inadempimento di un'obbligazione preesistente²⁷⁴ e che inizialmente il termine garanzia veniva adoperato per indicare la garanzia dall'evizione, tipica garanzia legale²⁷⁵. Peraltro, se si vuole cercare di dare una nozione più strettamente tecnica del concetto di garanzia, individuandola in una situazione giuridica che presenti una sua propria autonomia - strutturale e funzionale - rispetto al naturale obbligo di garanzia conseguente all'assunzione di un qualsivoglia tipo di obbligazione²⁷⁶, a fatica può affermarsi il carattere di garanzia in senso tecnico delle garanzie legali²⁷⁷.

In proposito, va però evidenziato che il termine garanzia è adoperato nel nostro codice per quanto riguarda la vendita (e l'appalto) e ciò costituisce una ragione sufficiente per non

589) evidenzia come "L'espressione garanzia è adoperata nel codice per denotare fattispecie non omogenee, tra le quali infatti è difficile individuare un filo conduttore al di là di un generico richiamo ad un principio di sicurezza del creditore".

²⁷⁰ Secondo A. MONTEL, "Si vuol dire che, in un significato amplissimo, garanzia è, in genere, qualunque mezzo inteso ad assicurare l'adempimento di una obbligazione o il godimento di un diritto. La definizione coglie indubbiamente nel segno, ma potrebbe forse venir migliorata, da un lato col sostituire all'espressione "assicurare", quella, ad avviso dello scrivente, più adeguata - accrescere la sicurezza", dall'altro col rilievo che, in buona sostanza, garanzia importa, da parte di chi volontariamente la presta o legalmente vi è tenuto, assunzione di un determinato rischio, e, più precisamente, del rischio che quanto si garantisce non corrisponda ai termini della garanzia" (voce *Garanzia*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 742).

²⁷¹ A. BELVEDERE (voce *Definizioni*, in *Dig. disc. Priv. sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 1.49) afferma che "Per definizione si deve oggi correttamente intendere l'espressa attribuzione di un significato ad una parola". [L'A: opera tra l'altro una rilevante distinzione, tra quello che è l'odierno significato del termine definizione (nominale) e quello che il vocabolo indicava in passato (definizione reale), cioè, "una proposizione che non attribuisce un significato ad una parola, costituendo invece una descrizione del fenomeno da quello contrassegnato". Inoltre (p.150), tra le definizioni nominali evidenzia la presenza di alcune sottospecie, quali quelle lessicali ("che descrivono") e stipulative ("che propongono usi linguistici"). Con precipuo riferimento alle definizioni legislative in relazione alla loro vincolatività sull'attività dell'interprete, vanno segnalate le perspicue ed eleganti pagine di N. IRTI, Padova, 1990, pp. 78 ss.

²⁷² G. Tucci, *op. cit.*, p. 581.

²⁷³ Esemplificando, la garanzia in materia di appalto e di vendita.

²⁷⁴ Cfr. G. Tucci, *op. cit.*, p. 583. Secondo l'A., nelle ipotesi di garanzia per evizione, per vizi, mancanza di qualità e buon funzionamento, "il riferimento al meccanismo della garanzia sta ad indicare che si tratta sempre di assunzione di un rischio, sicché gli effetti giuridici che derivano dalla prestazione di garanzia, a prescindere dal loro contenuto e dalla loro eventuale sovrapposibilità a quelli propri dell'inadempimento in senso tecnico, si ricollegano sempre al verificarsi del rischio medesimo e non già alla violazione di un'obbligazione preesistente, che, come è noto, costituisce il presupposto della responsabilità contrattuale".

²⁷⁵ In tal senso, M. FRAGALI, voce *Garanzia I) Premessa*, cit., p. 447, il quale così si esprime: "Dall'uso tipico per la garanzia dall'evizione, il termine garanzia è stato esteso a significare, in senso lato, i più diversi obblighi, diretti ad assicurare l'adempimento di obbligazioni o il godimento di diritti: ...".

²⁷⁶ Circa una nozione tecnica di garanzia, M. FRAGALI, voce *Garanzia II) Garanzia e diritti di garanzia (dir. priv.)*, cit., pp. 453-455.

²⁷⁷ V. M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, pp. 449-451. [L'A. esclude - in generale - dal novero della garanzia tutte quelle obbligazioni che rappresentano il mezzo tramite il quale il creditore riesce a difendere il suo interesse, ma non "hanno una sostanza e una struttura che permetta di escluderne il generale effetto di ogni obbligazione e viceversa consenta di scorgerne un effetto diverso". Si evidenzia (nota 13, p. 451) come gli effetti considerati dalla legge (legali) "sono fuori dal concetto tipico" di garanzia, pur potendosi continuare ad adoperare il termine - ma non in senso tecnico - per evocarli].

congedarsi da esso²⁷⁸, consapevoli tuttavia dell'improprietà che assume, nel linguaggio tecnico-giuridico²⁷⁹, l'uso di siffatta terminologia, in riferimento alle garanzie stabilite dalla legge.

Negli ultimi tempi, sotto la spinta della normativa comunitaria in materia consumeristica²⁸⁰ e di pari passo con il diffondersi a dismisura di dichiarazioni pubblicitarie di ogni genere, si è poi fatta largo - accanto a quella legale e distinta da essa - la categoria delle c.d. "garanzie commerciali".

Le anzidette garanzie trovano inoltre una compiuta regolamentazione nell'art. 1579-septies del codice civile e vengono nettamente differenziate da quelle legali, disciplinate dall'art. 1519-quater cod. civ.

La stessa definizione che la direttiva dà di "garanzia" si riferisce alle garanzie commerciali o anche dette convenzionali, perché riguardanti la prassi per cui il venditore e/o produttore offrono garanzie supplementari, talvolta estese anche a vizi non coperti dalle disposizioni di legge (per es., la garanzia contro la ruggine rilasciata dai produttori di autoveicoli)²⁸¹.

La distinzione tra garanzie legali (cui fa essenzialmente riferimento la direttiva) e garanzie convenzionali è resa ancora più marcata dall'art. 1519-septies cod. civ., rubricato, appunto, "Garanzia convenzionale". Va in ogni caso messo in luce come la c.d. garanzia commerciale non ha una funzione sostitutiva di quella legale, ma semmai rafforzativa ed integrativa, non potendone risultare pregiudicati i diritti che rappresentano la protezione inderogabilmente assicurata al consumatore (cfr. art. 1519-octies cod. civ.)²⁸².

Due brevi corollari possono trarsi da quanto si è - sia pur a grandi linee - andato dicendo sulle garanzie: le garanzie legali, anche se non sembrano rientrare in un concetto tecnico di

²⁷⁸ Il FRAGALI, *op. ult. cit.*, nota 13, p. 451, sottolinea (richiamando sul punto anche il Mengoni) come "probabilmente di garanzia non si sarebbe più parlato se il codice non avesse designato con questo termine il complesso degli effetti legali delle irregolarità nelle attribuzioni inerenti alla vendita".

²⁷⁹ Nell'ambito del linguaggio giuridico, termini tecnico-giuridici sarebbero quelli che "compaiono solo nei discorsi relativi al diritto o per lo meno in questo ambito trovano un loro uso primario, rispetto al quale eventuali usi non giuridici rappresentano delle derivazioni metaforiche o trasposizioni di significato" (A. BELVEDERE, voce *Linguaggio giuridico*, in *Dig. disc. priva.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, p. 26).

²⁸⁰ Cfr., D.P.R. n. 224/88 sulla responsabilità del produttore per danni da prodotti difettosi. D.Lgs. n. 115/95 in materia di pubblicità ingannevole e, più di recente, la direttiva 1999/44/CE in tema di garanzie sulla vendita di beni di consumo.

²⁸¹ In Italia sono da intendere come garanzie convenzionali la garanzia di buon funzionamento (art. 1512 c.c.) e la c.d. "garanzia di fabbrica" (fondata su una promessa unilaterale del produttore che assume un'obbligazione a favore dell'acquirente e costituisce un rapporto giuridico a cui è del tutto estraneo il venditore).

Sulla garanzia di buon funzionamento (art. 1512 c.c.) che "si avvicina, ma non si sovrappone alla garanzia di conformità prevista dalla disciplina" in tema di vendita di beni di consumo e sulle più rilevanti differenze tra queste ultime, cfr. G. ALPA, *Commento all'art. 1519-septies*, in *L'acquisto di beni di consumo. D.Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24*, Milano, 2002, pp. 66 ss., spec. p. 70.

²⁸² Cfr. P.R. LODOLINI, *op. cit.*, p. 1280, per la quale, "L'esistenza di una garanzia `commerciale' non può comunque in ogni modo pregiudicare il complesso di diritti che la direttiva stessa attribuisce al consumatore acquirente, che costituiscono, nel loro insieme, quella che nel Libro Verde era definita come `garanzia legale'. La direttiva accorda infatti al consumatore una protezione che ha carattere imperativo e che, non potendo essere derogata dall'accordo delle parti (art. 7), non può neppure essere posta nel nulla dall'esistenza di garanzie `commerciali'". Nello stesso senso, F. RUSCELLO, *Le garanzie post-vendita nella direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999*, in *Studium iuris*, 2001, p. 847, il quale evidenzia come il principio concernente la funzione svolta dalla garanzia commerciale sia lo stesso che "sorregge, secondo la giurisprudenza, anche la garanzia convenzionale inserita nelle comuni compravendite" e "che già ha

garanzia, vanno comunque annoverate sotto tale indice concettuale, se non altro per mantener fede alla dizione codicistica in tema di vendita e di appalto; le disposizioni di cui agli artt. 1519-bis ss. cod. civ., recanti la disciplina circa le garanzie nella vendita di beni di consumo, pur riferendosi nei "preamboli" definitivi alla garanzia c.d. commerciale²⁸³, pertengono in larghissima parte a quelle che sono da identificare come le garanzie legali della direttiva. Così operando, si sono poste anche le necessarie premesse per intraprendere una rapida analisi sullo stato attuale delle garanzie in materia di compravendita all'interno del nostro ordinamento, tentando altresì di svolgere alcune considerazioni, con precipuo riguardo alle prospettive dell'istituto della garanzia per i vizi, alla luce del "diritto privato europeo"²⁸⁴ o, *rectius*, del "nuovo diritto dei contratti"²⁸⁵.

Ciò premesso in termini generali concentriamo l'attenzione sulle garanzie nel contratto di compravendita.

La tutela dell'acquirente alla consegna di un bene che potesse essere utile e servibile per gli usi propri di beni di quel tipo è stata affidata dal legislatore del codice del 1942 alla disciplina sulla garanzia²⁸⁶ per vizi o mancanza di qualità e alla elaborazione dottrinale

avuto modo di essere recepito dalla legislazione italiana, allorché con il D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 111, è stata attuata la Direttiva 1990/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso".

²⁸³ L'art. 1, par. 2, lett. e) della direttiva 99/44/CE definisce la garanzia come "qualsiasi impegno di un venditore o di un produttore, assunto nei confronti del consumatore senza costi supplementari, di rimborsare il prezzo pagato, sostituire, riparare o intervenire altrimenti sul bene di consumo., qualora esso non corrisponda alle condizioni enunciate nella dichiarazione di garanzia o nella relativa pubblicità".

²⁸⁴ Sull'ambiguità semantica dell'espressione "diritto privato europeo" - che sembra essere entrata nel lessico comune del giurista - N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 7 ss.. [L'A. individua due prospettive di lettura del fenomeno: una "statualistica", che sembra muovere dall'ordinamento interno e tende a considerare le fonti normative di produzione europea come una limitazione parziale e circoscritta del diritto nazionale un'altra, "internazionalistica", che pone al centro l'"europeizzazione" del diritto e svisciva la rilevanza dell'ordinamento interno (pp. 7-8). Si sofferma, inoltre, sulla praticabilità di un processo di unificazione legislativa europea, dipingendone la scarsa significatività, sulla considerazione di fondo circa una "più spiccata (semmai) internazionalizzazione del diritto (pp. 8-10)].

²⁸⁵ In riferimento al quid di una tale formula. G. VETTORI, *Introduzione*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori. Padova, 1999.

²⁸⁶ Sul punto è appena il caso di ricordare le difficili discussioni sulla natura giuridica di tale "garanzia". Taluni hanno abbandonato la rassicurante categoria dell'obbligo e della responsabilità contrattuale per approdare a ricostruzioni, volta a volta, fondate su diversi presupposti. Così, G. MIRABELLA, *Dei singoli contratti*. Artt. 1470-1.765 c.c., in *Commentario del codice civile*, Libro IV, 3, Torino, 1991, p. 68, individua il fondamento nell'errore nel quale sia incorso l'acquirente; G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, 1, Torino, 1937, p. 88; e ora A. Di MAIO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 294, preferiscono ricostruire la responsabilità come una sorta di assicurazione contrattuale la cui fonte è una promessa di indennizzo; F. MARTORANO, *La tutela del compratore per vizi della cosa.*, Napoli, 1959, p. 177, invece, utilizza la figura della presupposizione. Per una sintesi delle diverse opinioni si rinvia a C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 698 ss. Secondo l'A. la disciplina della garanzia deve essere collegata al tema dell'inadempimento, e, in particolare, all'inadempimento dell'impegno traslativo. All'interno di questa categoria, di conio dell'A., vengono collocate ipotesi assai diverse tra loro: dal vizio alla mancanza di qualità, dall'evizione alla vendita di cosa altrui. Dalla propria ricostruzione, ossia dall'idea che il bene viziato determini una speciale ipotesi di inadempimento (dell'impegno traslativo), l'A. trae importanti corollari applicativi e, tra i tanti, l'esigenza di utilizzare un criterio di imputazione dell'inadempimento derivante da una causa prevedibile, che impone al venditore di verificare la propria attitudine all'adempimento. Ulteriore svolgimento della tesi dell'A. è l'omologazione del caso di vizi a quello di mancanza di qualità promesse o essenziali, poiché entrambi sarebbero fonte di responsabilità contrattuale per inadempimento dell'impegno traslativo. D. RUBINO, *op. Cit.*, come egli stesso dichiara nel paragrafo n. 202 a p. 627, in una sorta di premessa metodologica, colloca la disciplina dei vizi nella parte terza del volume, dedicata, per l'appunto, agli inadempimenti della vendita. Così nel paragrafo di apertura dichiara subito che "garanzia per evizione e garanzia per vizi hanno fondamentalmente uguale natura giuridica: si distinguono solo per il fatto di inadempimento a cui reagiscono". Secondo l'A., l'inadempimento in questione, però, sarebbe tutto particolare e si differenzerebbe da quello posto nella disciplina generale per tre ordini di ragioni: "il fatto obiettivo di inadempimento cui si riferiscono (evizione, vizi della cosa); il titolo per il quale si risponde di questo fatto (e che prescinde dalla colpa); la limitatezza delle sanzioni in cui si sostanzia tale responsabilità, se non vi è colpa". Questo rapido passaggio, nel quale risalta con sobria chiarezza il pensiero dell'A., consente anche di individuare la profonda differenza rispetto alla tesi di Bianca. Entrambi discorrono di inadempimento, ma, secondo Bianca, esso sarebbe asseguibile alla disciplina comune e quindi imporrebbe l'esigenza di un criterio di imputazione, qui, invece, si slega dalla

della figura del c.d. *aliud pro alio datum*²⁸⁷. Ma gli istituti hanno una storia anche più remota. Nel codice del 1865, infatti, in presenza di vizi competeva all'acquirente un'azione

responsabilità e si oggettiva nel "fatto obiettivo" assunto siccome inadempimento. A. LUMINOSO, I contratti tipici e atipici, Milano, 1995, p. 119 ss., riconduce la garanzia alla violazione della *lex contractus*. La garanzia, secondo l'A., "si traduce in una responsabilità contrattuale, che non è però quella ordinaria regolata dagli artt. 1218 ss. e 1453 ss. c.c., ma neppure una responsabilità con caratteri eccezionali rispetto a quella ordinaria". Si tratta di una responsabilità speciale da contratto, il cui fondamento sta nella violazione della promessa traslativa connaturata alla vendita e che determina, quindi, l'oggettiva inattuazione o l'imperfetta attuazione dell'effetto traslativo, mercé l'esistenza di anomalie che preesistono alla conclusione del contratto. Il presupposto, quindi, non è l'inadempimento di un'obbligazione, ma un'anomalia concernente la legittimazione a disporre (come nei casi degli artt. 1479-1489 cod. civ.) o l'idoneità all'uso della cosa venduta (come nei casi degli artt. 1490 - 1497 cod. civ.); l'una o l'altra "necessariamente anteriori alla stipulazione del contratto". La specialità di questa responsabilità si lascia apprezzare - sempre secondo la ricostruzione dell'A. - sia sul piano della irrilevanza della impossibilità del risultato traslativo (nel senso che si può domandare la risoluzione anche nel caso in cui il risultato traslativo sia ancora oggettivamente possibile e nessuna colpa ex artt. 1449 o 1494 cod. civ. sia ascrivibile al venditore), sia sul piano della colpa del venditore (la quale consisterebbe nella preventiva verifica circa la sua attitudine a realizzare il risultato traslativo promesso). Dal carattere speciale di questa responsabilità l'A. trae un'importante deduzione circa le modalità con cui l'interprete deve colmare eventuali lacune di disciplina: dapprima utilizzare le altre norme della disciplina speciale e, soltanto successivamente, ricorrere alle regole generali sulla responsabilità per inadempimento, sempre che queste ultime siano compatibili con la specialità di quella disciplina. Soluzione particolare quella assunta da U. GRASSI, I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento, Napoli, 1996, p. 83 ss., il quale, muovendo dall'idea che la compravendita sia più che un tipo un vero e proprio genere contrattuale, giunge a configurare le azioni edilizie ora come azioni di inadempimento ora come ipotesi di errore. L'A. osserva che le azioni edilizie in tanto possono presupporre un inadempimento in quanto si individuano "la vicenda che rimane frustrata a causa del vizio della cosa". Con la particolarità che, soltanto dove sia possibile ipotizzare l'esistenza di un precetto obbligatorio, che impone al venditore di far acquistare al compratore un bene avente i caratteri della res attesi dal compratore (vendita di cosa futura e di cosa generica), è legittimo configurare un inadempimento. Negli altri casi, invece, la categoria dell'inadempimento non può essere utilmente impiegata. In tali, ultime ipotesi (compravendite di cose specifiche proprie o altrui), le azioni edilizie sono "azioni di impugnativa del contratto per errore, prive del requisito della riconoscibilità". Da ciò l'A. ricava un ulteriore corollario in tema di rapporti. con i terzi aventi causa, i quali, qualora in mala fede, non sarebbero tutelati, proprio perché l'azione edilizia sarebbe un'azione di annullamento e non di risoluzione per inadempimento.

²⁸⁷ Sul tema, oltre ai contributi già citati, si rinvia anche: S. PURICELLI, *Vizi redibitori, mancanza di qualità e consegna di aliud pro alio*: distinzione, in *Contratti*, 1999, p. 46 ss.; V. CARISANA, *Proporzionalità limitata, congiunta e subordinata delle azioni di garanzia per i vizi della cosa*, in *Nuova giur. civ.*, 1999, I, p. 319 ss.; BARONE, *Il ginocchio del cestista ed i vizi redibitori: esiste ancora il mercato degli schiavi?*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2459 ss.; V. ROSSI, *Vizi mancanza di qualità ed aliud pro alio datum: differenze ed analogie tra i tre aspetti dell'inadempimento*, in *Dir. e giur.*, 1997, p. 207 ss.; F. LAPERTOSA, *La garanzia per vizi nella vendita e nell'appalto*, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 45 ss.; L.A. SCARANO, *Garanzia per vizi nei contratti di vendita e di appalto*, in *Nuova giur. civ.*, 1998, II, p. 236 ss.; V. CARBONE, *Garanzia per vizi nella vendita di immobili: luci e ombre della giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1155 ss.; E. PAOLINI, *Garanzie per vizi nella compravendita di partecipazioni sociali*, in *Società*, 1997, p. 33 ss.; F. BUCCELLATO, *La difesa del compratore per i vizi redibitori del bene compravenduto: note a margine di una singolare pronuncia giurisprudenziale*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, p. 129 ss.; M.G. FALZONE CALVISI, *Riconoscimento dei vizi della cosa venduta ed impegno del venditore di provvedere alla loro eliminazione: promessa unilaterale o contratto con obbligazioni del solo proponente?*, in *Riv. giur. sarda*, 1997, p. 346 ss.; M. MONTANARI, *Brevi cenni sulla disciplina della garanzia per i vizi e relativa tutela dei diritti dell'acquirente*, in *Tem. romana*, 1996, p. 650 ss.; R. FADDA, *Sull'inammissibilità dell'azione redibitoria in caso di utilizzazione della cosa acquistata che modifichi la situazione della stessa*, in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 456 ss.; R. RISAS, *Sulla garanzia per vizi nella vendita di autovettura usata*, *ivi*, 1995, p. 600 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Preliminare e definitivo di fronte alla garanzia per vizi: una (ancora) apprezzabile differenziazione*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 839 ss.; A. LUMINOSO, *Garanzie per evizione e per i vizi nella vendita forzata di immobile abusivo*, in *Riv. giur. sarda*, 1995, p. 371 ss.; M.C. CERALE, *La garanzia per i vizi della cosa venduta tra disciplina codicistica ed autonomia delle parti*, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 633 ss.; M. LIPARI, *Preliminari di vendita, vizi della cosa e tutela del promissario acquirente*, in *Giust. civ.*, 1994, II, pp. 495 e 559 ss.; B. INZITARI, *Il termine per la denuncia dei vizi nella vendita a consegne ripartite*, in *Contratti*, 1994, p. 41 ss.; E. TUVERI, *L'eliminazione del vizio del bene venduto come risarcimento del danno informa specifica: un'ipotesi di tutela del compratore*, in *Riv. giur. sarda*, 1994, p. 380 ss.; P.F. GIUGGIOLI, *Differenza dal campione e vizi della cosa*, in *Contratti*, 1994, p. 550 ss.; A. ORLANDO, *Denuncia di vizi della cosa venduta ed esperibilità dell'azione*, in *Nuovo dir.*, 1993, p. 18 ss.; P.E. CORRIAS, *Ancora in tema di tutela dell'acquirente di appartamento affetto da gravi difetti: analisi della nozione di gravi difetti*, in *Riv. giur. sarda*, 1993, p. 360 ss.; S. ANTINORI, *Disciplina legale e disciplina contrattuale della garanzia per vizi nella compravendita*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3140 ss.; C.G. TERRANOVA, *Redibitoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; A. LAGOMARSINO, *Garanzia di buon funzionamento e garanzia per i vizi e le qualità delle cose vendute*, in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, p. 263 ss.; P.M. PUTTI, *Garanzia per i vizi della cosa venduta*, in *Nuova giur. civ.*, 1990, I, p. 437 ss.; M.G. CUBEDDU, *Vizio apprezzabile e garanzia della cosa venduta*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 167 ss.; C. CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita - Diritto e processo*, *ivi*, 1989, I, p. 765 ss.; C.G. TERRANOVA, *La garanzia per vizi della cosa venduta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 69 ss.; E. MINERVINI, *L'esclusione legale della garanzia per vizi nel contratto di compravendita*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 1 ss.; R. GIAMPETRAGLIA, *Osservazioni in tema di garanzia per vizi della cosa venduta e garanzia di buon funzionamento*, in *Giur. it.*, 1989, I, c. 879 ss.; U. CARNEVALI, *Garanzia per vizi nella vendita di azioni*, in *Società*, 1989, p. 939 ss.; D. NARDI, *L'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale dell'art. 1492 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 91 ss.; C. MANASSE, *La garanzia per vizi nella vendita*, in *Nuova giur. civ.*, 1987, II, p. 287 ss.; F. MACARIO, *Garanzia per i vizi ed esecuzione coattiva del preliminarare "rettificato"*, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1697 ss.; V. CARBONE, *I vizi e le difformità della cosa legittimano la riduzione del prezzo*, in *Corr. giur.*, 1985, p. 627 ss.; E. GABRIELLI, *Evizione, garanzia e la teoria dei vizi del diritto*, in *Giur. it.*, 1985, I, c. 1511 ss.; C. GRANELLI, *Garanzia per vizi*, in *Nuova giur. civ.*, 1985, I, p. 351 ss.; M. RUBINO-SAMMARTANO, *La non conformità della cosa venduta*, in *Foro pad.*, 1984, II, c. 171 ss.; G. MANERA, *Vizi occulti, difetti di qualità ed aliud pro alio*, in *Nuovo dir.*, 1985, p. 880 ss.; L. DE PALMA, *Sulla garanzia di buon funzionamento*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 712 ss.; G.M. DANUSSO, *Decadenza dalla garanzia per vizi e onere della prova*, in *Giur. it.*, 1984, I, c. 335 ss.; G. ALPA, *Garanzia per i vizi e responsabilità del venditore*, in *Riv. giur. circolaz. e traspr.*, 1982, p. 494 ss.; L. CAO, *Vendita di cosa viziata e azione di esatto adempimento*, in *Giur. it.*, 1981, I, c. 303 ss.

detta redibitoria e caratterizzata da brevi termini di decadenza (art. 1.505)²⁸⁸; nel caso di difetto di qualità competeva l'azione di risoluzione, cioè una *actio ex contractu* con termine di prescrizione ordinario e priva di termini di decadenza. La disciplina era stata completata dal codice di commercio del 1882, il quale aveva preveduto, a tutela dell'acquirente di una vendita commerciale, un termine per la denuncia di vizi di due giorni (art. 70)²⁸⁹. Di fronte a tanto ordine da parte del legislatore, non si può dire che una pari armonia sia stata realizzata dalla giurisprudenza, la quale, pur movendo da chiare prese di posizione relativamente alla definizione della nozione di vizio, difetto di qualità, mancanza di qualità promesse²⁹⁰ e *aliud pro alio*, ha finito con divaricare i confini dell'una e delle altre ipotesi a seconda delle occorrenze di tutela che, mano a mano, si rendevano necessarie. Quella giurisprudenza, con ripetitività costante, ha affermato che per vizio dovesse intendersi "qualsiasi mancamento, anormalità, imperfezione, alterazione che renda la cosa inidonea all'uso cui è destinata o che ne diminuisca l'uso stesso"²⁹¹ e che è vizio "anche la malattia degli animali che può essere causa del loro perimento se contemplata dagli usi locali"²⁹² o "se contemplata nelle leggi sanitarie agli effetti di vietare la vendita dell'animale"²⁹³; che il difetto di qualità consiste in "una parziale forma di inadempimento contrattuale avuto riguardo all'uso cui è destinata la cosa. Questa destinazione talvolta è supposta o implicitamente convenuta, tal altra espressamente pattuita"²⁹⁴; che *l'aliud pro alio datum* consiste nella "consegna di una cosa sostanzialmente diversa da quella promessa"²⁹⁵. In particolare, quella giurisprudenza ha precisato che anche il difetto di qualità quando sia di

²⁸⁸ Art. 1505 cod. civ. 1865: "L'azione redibitoria che proviene dai vizi della cosa deve proporsi al compratore, se si tratta d'immobili, entro un anno dalla consegna. Se si tratta di animali, deve proporsi fra i quaranta giorni, e se d'altri effetti mobili, fra tre mesi dalla consegna, salvo che da usi particolari siano stabiliti maggiori o minori termini. L'azione redibitoria nelle vendite di animali non ha luogo che per i vizi determinati dalla legge o da usi locali".

²⁸⁹ Art. 70 Cod. comm. 1882: "Il compratore di merci o di derrate provenienti da altra piazza deve denunciarne al venditore i vizi apparenti entro due giorni dal ricevimento, ove un maggior tempo non sia necessario per le condizioni particolari della cosa venduta o della persona del compratore. Egli deve denunciare i vizi occulti entro due giorni dacché sono scoperti, ferme in ogni caso le disposizioni dell'art. 1505 del codice civile. Trascorsi detti termini, il compratore non è più ammesso a far reclami per i vizi della cosa venduta".

²⁹⁰ Con riferimento alla disciplina contenuta nel vecchio codice si considerino gli interessanti spunti, valevoli anche sotto il nuovo codice, di T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 472, il quale osserva che non esiste una differenza logica tra vizi e mancanza di qualità, e ciò perché una determinata caratteristica della merce, qualora sia espressamente pattuita, comporta che la sua mancanza non è qualificabile come vizio. Difatti "la zoppia di un cavallo sarà un difetto solo finché stipulo " cavallo ": sarà una mancanza di qualità quando stipulo "cavalli non zoppi """. La distinzione, pertanto, non sarebbe ontologica, ma (sfruttando l'intuizione di CARNELUTTI, *Il vizio redibitorio nel contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 11, p. 519 ss.) giuridico-positiva e soggettiva. La distinzione sarebbe dipendente dalle modalità di manifestazione delle cc.dd. volontà negoziali, e dal modo in cui le parti hanno profilato il bene oggetto del contratto. In ciò quel carattere di soggettività che ferma un distacco tra la posizione dell'A. e quella del Carnelutti, invece incline a reputare l'esistenza di un criterio comune e oggettivo.

²⁹¹ Cass. 30.1.1917, in *Foro it.*, 1917, 1, c. 129 ss.; Cass. 24.10.1917, *ivi*, 1918, 1, c. 124 ss.; Cass. 22.2.1928, *ivi*, 1928, 1, c. 404 ss.

²⁹² Cass. 26.1.1920, in *Foro it.*, 1920, 1, c. 250 ss.

²⁹³ Cass. 29.5.23, in *Foro it.*, 1923, 1, c. 594 ss. La giurisprudenza di legittimità ha affermato che la malattia costituisce un vizio, salvo che, per volontà delle parti, sia elevata a elemento sostanziale. E ancora si afferma che è nulla la vendita se inibita per ordine dell'autorità. Cass. 28.7.1934, in *Foro it.*, 1935, 1, c. 535 ss. E ammessa anche per l'ipotesi di conferimento in società Cass. 13.4.1926, in *Foro it.*, 1926, 1, c. 729 ss.

²⁹⁴ Cass. 30.1.1917, *cit.*; Cass. 24.10.1917, *cit.*

²⁹⁵ Cass. 30.1.1917, *cit.* E ancora si realizza l'*aliud* se la cosa consegnata sia per la sostanza, *ex natura rei*, diversa da quella pattuita (Cass. 24.10.1917, *cit.*).

tal natura da rendere la cosa consegnata sostanzialmente differente da quella contrattata e, quindi, quando si tratti di qualità sostanziali che differenzino un genere dall'altro e non già quelle di specie sulle qualità specifiche, costituisce un *aliud pro alio*²⁹⁶. Alla diversificazione delle nozioni corrispondeva, come anticipato, anche una diversità dei rimedi: nel caso di vizio competeva l'azione redibitoria²⁹⁷, nel caso di difetto di qualità, l'azione *ex contractu*, nel caso di *aliud pro alio datum*, l'azione *ex contractu* di nullità per difetto di consenso determinato dall'errore²⁹⁸ che cade sopra la sostanza²⁹⁹ della cosa (art. 1110)³⁰⁰.

Tuttavia, tale orditura cedeva di fronte alle necessità dei, singoli casi, nei quali ipotesi palesemente qualificabili come vizi venivano lette come casi di difetti di qualità o, viceversa, ipotesi di mancanza di qualità trasformate in vizi e tutto ciò a seconda della parte che il giudice reputava meritevole di ricevere la tutela dell'ordinamento giuridico. Così, se la merce presentava un vizio e il compratore non aveva provveduto negli stringenti termini concessi dal legislatore alla denuncia, il giudice, qualora avesse voluto comunque tutelare quel compratore, non avrebbe incontrato alcuna difficoltà o pudore intellettuale nel sostenere che quel bene fosse non già viziato, bensì privo di una qualità o, addirittura, diverso da quello oggetto del contratto (*aliud pro alio*), con la conseguenza che, mutata la qualificazione del fatto, mutava anche la conseguenza giuridica, e in particolare la disciplina: si sarebbe potuta escludere l'applicabilità dei brevi termini di decadenza e prescrizione³⁰¹.

²⁹⁶ Cass. 13.10.1924, in *Foro it.*, 1924, 1, c. 1092 ss. Costituiscono ipotesi di *aliud pro alio* i casi di mancanza di qualità sostanziali, qualità dichiarate dai contraenti essenziali in un'apposita clausola e determinanti delle loro volontà. Le qualità debbono risultare dalle clausole del contratto (Cass. 31.10.1924, in *Foro it.*, 1925, 1, e. 398 ss., con n. di T. ASCARELLI, *Azione redibitoria e qualità contrattualmente determinate*; Cass. 22.2.1928, cit.). Non basta il semplice presupposto, occorre il patto espresso (Cass. 28.7.1934, cit.). Contra: Cass. 22.2.1928, cit., secondo cui l'essentialità della clausola non vale a configurare l'*aliud*, il quale sarebbe ammissibile solo se la qualità sia essenziale al punto che la cosa mancante della stessa appartenga a un genere diverso.

²⁹⁷ Cass. 30.1.1917, cit.; Cass. 24.10.1917, cit.

²⁹⁸ osservi che questa soluzione ha trovato larghi consensi nel sistema francese e, di conseguenza, nel sistema italiano vigente anteriormente all'approvazione del codice civile del 1942, che a quello s'ispirava. Con l'introduzione del nuovo codice e anche in considerazione dell'influenza esercitata dagli studi della pandettistica tedesca, la giurisprudenza ha cessato di considerare il vizio al pari di un errore che determina l'annullamento del contratto, evitando tale soluzione particolarmente soggettivistica.

²⁹⁹ Ciò avviene quando l'errore è *in corpore*, sull'individualità della cosa o *in substantia*, sull'essenza o materiale costituzione di essa (Cass. 30.1.1917, cit.). Cass. 14.1.1932, in *Foro it.*, 1932, 1, e. 568 ss., ha affermato che in caso di *aliud*, se il compratore abbia consumata la res, può chiedere soltanto il risarcimento e non la risoluzione per un principio di equità (Cass. 15.2.1946, n. 750, in *Foro it.*, 1946, 1, c. 461 ss.).

³⁰⁰ Art. 1110 cod. civ. 1865: "L'errore di fatto non produce la nullità del contratto, se non quando cade sopra la sostanza della cosa che ne forma oggetto. Non produce la nullità, quando cade soltanto sulla persona con la quale si è contrattato, eccetto che la considerazione della persona colla quale s'intende contrattare, sia la causa principale della convenzione".

³⁰¹ Sia consentito a titolo meramente esemplificativo di segnalare solo alcuni dei casi tolti dai repertori di quel periodo, dai quali può trarsi prova dell'opinione avanzata nel testo. L'acquisto di uva da vino da cui si è ricavato vino aspro importa una differenza di qualità accessoria e quindi si applica la disciplina della mancanza di qualità (Cass. 30.1.1917, cit.). Determinano l'applicazione della disciplina dei vizi il caso del cavallo compravenduto affetto da grave morbo (Cass. 24.10.1917, cit.), il caso di maialini affetti da peste suina (Cass. 26.1.1920, cit.), il caso di animali affetti da carbonchio epatico (Cass. 29.5.23, cit.: in tale caso si discorre addirittura di nullità). Viceversa è considerata ipotesi di *aliud* il caso di grappa di vinaccia (Cass. 13.10.1924, cit.). Nel singolare caso in cui erano stati acquistati tronchi di mogano, poi consegnati già segati, la Cassazione ha sostenuto di essere in presenza di vizi che determinano l'esperibilità dell'azione redibitoria (Cass. 22.2.1928, cit.). Infine, con soluzione molto più grave, in un caso già diversamente deciso in altra pronuncia, la Cassazione ha dichiarato la nullità della vendita di maialini affetti da peste suina (Cass. 28.7.1934, cit.).

Nella consapevole esigenza di porre chiarezza in un sistema oramai tanto imbrigliato dai disordinati risultati della prassi raccoltasi in quel periodo sulla annosa questione³⁰², il legislatore del 1942 tenta di ricostituire ordine.

La disciplina viene, quindi, raccolta attorno a poche norme nelle quali si pone per il caso di vizi veri e propri l'azione redibitoria e quella estimatoria con termini di decadenza e prescrizione brevi (art. 1490 ss. cod. civ.); per il difetto di qualità, l'azione di risoluzione ex contractu (art. 1497 cod. civ.)³⁰³ e per l'ipotesi di *aliud*, l'azione generale di risoluzione per inadempimento³⁰⁴ (art. 1453 ss. cod. civ.)³⁰⁵. Il legislatore aveva lasciata aperta, nulla disponendo al riguardo, soltanto la questione relativa alla possibilità di esperire l'azione di esatto adempimento, questione che, a parte la posizione di autorevole dottrina³⁰⁶, ha trovato³⁰⁷ unanimi consensi orientati a escluderne l'ammissibilità³⁰⁸. In questo quadro,

³⁰² Nella Relazione al Codice si evidenzia la necessità di affrontare e risolvere in modo unitario la questione dei vizi e del difetto di qualità, circa i termini e le condizioni per l'azione, pur non giungendo alla parificazione integrale.

³⁰³ E appena il caso di segnalare la nota questione sorta in dottrina sulla natura dell'azione di risoluzione di cui all'art. 1497 cod. civ. In particolare, il riferimento letterale contenuto all'interno dell'art. 1497 cod. civ. alla risoluzione "secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento" ha indotto parte della dottrina nella convinzione che, diversamente da quanto preveduto per il caso di vizi, l'azione in questione fosse quella generale di cui all'art. 1453 cod. civ. (P. GRECO e G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile diretto da Scialoja e Branca*, artt. 1470 - 1547, Bologna-Roma, 1981, p. 228; G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 94), sicché sarebbe richiesta la colpa del venditore, non sarebbe prevista la possibilità di esperire l'azione estimatoria (normalmente esclusa dalla tutela contrattuale ordinaria), non sarebbe possibile chiedere l'adempimento (previsto in generale). Altra parte della dottrina, invece, è incline a non esaltare il dato letterale e finisce con l'omologare le ipotesi della mancanza di qualità a quelle di vizi. RUBINO, *op. cit.*, pp. 759 e 888; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 892). A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit. p. 145, propone di applicare, in via analogica, la disciplina dettata per il caso di vizi al caso di mancanza di qualità. La posizione dell'A. lascia, tuttavia, perplessi poiché non ci sembra che esista il presupposto per dare seguito al procedimento analogico. Infatti, l'indicazione letterale contenuta nell'art. 1497 cod. civ., non solo esclude la lacuna, ma risolve, essa stessa, il problema disciplinare. Sicché non vi è lacuna e, soprattutto, non sembra che esista un problema disciplinare. Per altro valga anche l'osservazione che se davvero il legislatore avesse pensato che le discipline degli artt. 1490 e 1497 cod. civ. fossero uguali, non vi sarebbe stata alcuna ragione di prevedere al secondo comma dell'art. 1497 cod. civ. l'assoggettamento della risoluzione "alla decadenza e alla prescrizione stabilite dall'art. 1495". Alla luce di queste considerazioni ci sembra che l'azione edilizia prevista dall'art. 1490 cod. civ. debba, comunque, tenersi distinta dall'azione di risoluzione di cui all'art. 1497 cod. civ. (normale azione di risoluzione), che con la prima condivide solo la soggezione ai termini di decadenza e prescrizione.

³⁰⁴ Ma A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 147, sostiene che l'*aliud pro alio datum* configura non tanto un'ipotesi di inesatta realizzazione dell'effetto traslativo, quanto un'inattuazione totale, con la conseguenza che la disciplina applicabile non sarebbe quella della risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 cod. civ., ma una diversa disciplina che l'interprete dovrebbe ricavare analogicamente, stante la somiglianza, dalle disposizioni di cui agli artt. 1474 e 1480 cod. civ.

³⁰⁵ M.G. FALZONE CALVISI, *Garanzie legali della vendita: quale riforma?*, cit., p. 452, osserva che solo in apparenza la disciplina della garanzia della vendita è transitata immutata dal vecchio al nuovo codice. "In realtà, a fronte del quasi inalterato tenore delle relative norme, si è perfezionato, nel corso degli anni, un graduale ma inesorabile processo evolutivo che ha non poche sfaccettature".

³⁰⁶ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 74 ss., spec. p. 79, "sul terreno più ampio dell'inadempimento non crediamo che possa dubitarsi, dopo quanto è stato detto sopra, dell'esistenza di un diritto del creditore ad un nuovo (esatto) adempimento, o alla eliminazione, ove possibile, dei difetti della prestazione già effettuata". Questa conclusione viene attentamente verificata dall'A. sia avuto riguardo all'interesse del debitore che avuto riguardo all'interesse del creditore. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 716 ss. e, spec. p. 1008 e 1012, pone e risolve in senso affermativo la questione della esperibilità dell'azione di esatto adempimento, che, naturalmente, viene dall'A. collocata nell'ambito della violazione dell'impegno traslativo. D. VITTORIA, *L'azione di esatto adempimento tra vendite commerciali e vendite civili*, in *Dir. e giur.*, 1985, p. 784 ss.; U. GRASSI, *op. cit.*, passim, osserva, avendo riguardo alla disciplina tradizionale, che la riparazione sarebbe comunque un rimedio plausibile nella forma risarcitoria di cui all'art. 1056 cod. civ., mentre lo strumento della sostituzione sarebbe ammissibile soltanto nel caso di vendita di genere per inidoneità dell'adempimento inietto ad attuare il contenuto dell'obbligo di specificazione.

³⁰⁷ Interessanti i rilievi di R. CALVO, *op. cit.*, pp. 463-464, che individua la ragione della mancata previsione dell'azione di esatto adempimento nella genesi dei rimedi edilizi. "[...] le azioni edilizie rappresentavano ab origine i rimedi processuali a disposizione dell'acquirente romano di cose che per loro natura non erano materialmente suscettibili di interventi di manipolazione volti alla *restitutio in integrum*; questo retaggio si riverberò prima sul code civil, poi sul BGB ed infine sul codice italiano, sebbene già a partire dalla riforma giustiniana si assistette all'estensione della disciplina in parola ben al di là dell'originario campo di competenza dell'Editto".

³⁰⁸ Trib. Parma, 20.06.1960, in *Foro it.*, 1960, I, c. 162 ss., ha affermato che in caso di vizi si può domandare la risoluzione o la riduzione del prezzo, ma non l'eliminazione di quelli. Altrimenti si porrebbe in capo al venditore un ulteriore obbligo di fare in senso stretto, mentre la vendita ha soltanto un contenuto traslativo. Con non poca ironia, così si legge in motivazione: "Sarebbe, in parole povere, come adire che se Tizio ha venduto a Caio il cavallo Morello e questo risulta affetto da malattia, Tizio avrebbe l'obbligo di curargli il cavallo venduto e, manco a dirlo, di guarirglielo". La questione è stata affrontata, per la prima volta, dinanzi al Giudice di legittimità nel 1963 (Cass. 20.04.1963, n. 968, in *Foro it.*, 1964, I, c. 7.:23 ss.). In tale occasione si è affermato che il compratore non

certamente, più ordinato³⁰⁹, anche la giurisprudenza ha fatto del suo per ricomporre il sistema, precisando quando ricorra l'una piuttosto che l'altra ipotesi.

Così, il vizio³¹⁰ è stato inteso come l'esistenza di quelle "imperfezioni attinenti al processo di formazione, fabbricazione,, produzione o conservazione"³¹¹ della cosa che la rendono "inidonea all'uso al quale è destinata o ne diminuiscono il valore in modo apprezzabile"³¹².

Il difetto di qualità, invece, "inerisce alla natura della merce e concerne tutti quegli elementi essenziali e sostanziali, che, nell'ambito del medesimo genere, influiscono sulla classificazione della cosa in una specie piuttosto che in un'altra"³¹³. L'*aliud pro alio datum* si realizza, infine, nei casi in cui "la cosa appartenga a un genere del tutto diverso o presenti difetti che impediscano l'assolvimento della sua naturale funzione o di quella assunta come essenziale dalle parti, facendola degradare in una sottospecie completamente diversa da quella dedotta in contratto"³¹⁴.

può avvalersi, anche in caso di colpa del venditore, dell'azione di esatto adempimento o della eccezione di inesatto adempimento. Unica obbligazione del compratore è la consegna, le altre obbligazioni previste nell'art. 1476 cod. civ. sono accessorie a questa, sicché presuppongono un contratto adempiuto e traggono origine dall'esecuzione di quella prestazione. Prestata la cosa, il venditore non può essere tenuto a rispondere verso il compratore, poiché esso ha già adempiuto, ma può essere soltanto tenuto a rispondere verso il compratore delle conseguenze dannose a questi derivate da un inesatto adempimento. Nello stesso senso e riprendendo questa decisione anche Cass. 5.8.1985, n. 4382, in *Mass. Foro it.*, 1.1988. In conseguenza è frequente l'affermazione secondo cui la sostituzione della cosa venduta non rientra nel contenuto normale della garanzia, ma può formare oggetto di garanzia espressamente pattuita. (Cass. 1.7.5.1966, n. 1262, in *Mass. Foro it.*, 1966; nello stesso senso: Cass. 2.10.1980, n. 5354, in *Giust. civ. Mass.*, 1980; Cass. 21.2.1983, n. 1309, in *Riv. giur. edil.*, 1983, 1, p. 770; Cass. 11.05.1983, n. 3257, in *Mass. Giur. it.*, 1983). *Contra*: Trib. Cagliari 14.1.2.1978, ined. La giurisprudenza, infine, ha precisato che l'alienazione o la trasformazione da parte del compratore della cosa compravenduta preclude le azioni soltanto se costituisca un'inequivoca manifestazione di accettare la merce, nonostante la presenza dei vizi (Cass. 16.10.1979, n. 4507, in *Giust. civ. Mass.*, 1979) o sia giustificata da finalità apprezzabili (Cass. 17.3.1980, n. 1759, in *Giust. civ. Mass.*, 1980; Cass. 17.1.1982, n. III, in *Giust. civ. Mass.*, 1982; Cass. 15.01.2001, n. 489, in *Foro Pad.*, 2007, 1, c. 468).

³⁰⁹ Subito dopo l'emanazione del codice del 1942, la nuova disciplina sulla garanzia nella vendita non aveva lasciato del tutto soddisfatta parte della dottrina, che reclamava l'esigenza di una revisione (L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, 1, p. 23).

³¹⁰ U. GRASSI, *op. cit.*, p. 17 s., precisa che la locuzione "vizio" è utilizzata dal legislatore nazionale con il significato neutro di "alterazione", la quale diviene giuridicamente rilevante e, quindi "vizio" soltanto in quanto valutata alla stregua di criteri funzionali (idoneità all'uso) ed economici (diminuzione del valore). La diminuzione del valore deve valutarsi, poi, avendo riguardo al prezzo corrente di mercato, con la conseguenza che il criterio diviene "un formidabile strumento di controllo della congruità del prezzo, tenuto conto di tutti quei caratteri occulti della cosa i quali possono concorrere a diminuirne il pregio".

³¹¹ Cass. 3.3.1971, n. 542, in *Foro it. Mass.*, 1971.; Cass. 26.4.1984, n. 2631, in *Giust. civ. Mass.*, 1984. Cass. 13.7.1997, n. 244, in *Mass. Giur. It.*, 1997). Si segnala, sulla nozione di vizio, la pronuncia del Trib. Avellino 31.5.1952, in *Foro it.*, 1953; 1, c. 1382 ss., secondo cui costituisce vizio anche quel difetto nella cosa che afferisca alla sua struttura organica, sì che di quella ne venga a costituire l'aspetto negativo, di carattere intrinseco, in ordine al processo di produzione, di fabbricazione, di formazione. La Cassazione ha ammesso l'applicabilità della disciplina dei vizi anche nel caso di vendita di un trattore usato (Cass. 24.1.1995, n. 806, in *Mass. Giur. it.*, 1995).

³¹² Cass. 19.7.1983, n. 4980, in *Mass. Giur. it.*, 1983; Cass. 12.2.1994, n. 1424, in *Mass. Giur. it.*, 1994.

³¹³ Cass. 26.4.1984, n. 2631, cit.; Cass. 13.1.1997, n. 244, cit.; Trib. Avellino 31.5.1952, cit., precisano che tutte le anomalie e le irregolarità che afferiscono esclusivamente alla qualità della cosa, intesa la qualità come il tipo, in ordine alla materia, al colore, alla gradazione, al sapore, o, meglio ancora, come la specie in relazione allo stesso genere. Si segnala, anche per un riferimento all'idea di conformità, la recente sentenza nella quale la Cassazione ha precisato che il venditore il quale abbia consegnato un bene usato risponde nei confronti del compratore per mancanza di qualità, anche in difetto di una espressa pattuizione (Cass. 03.08.2001, n. 10728, in *Mass. Giur. it.*, 2001). Secondo il giudice di legittimità il rinvio agli usi locali di cui all'art. 1496 cod. civ. si estende anche alla mancanza di qualità (Cass. 27.2.1954, n. 599, in *Foro it.*, 1954, 1, c. 1101 ss.; contro: Trib. Vercelli 14.3.1956, ivi, 1956, 1, c. 1382 ss.). La Cassazione ha osservato che tanto la disciplina dei vizi redibitori quanto quella sulla mancanza di qualità presuppongono che la cosa sia precisamente quella contrattata (Cass. 11.7.1950, n. 1840, in *Foro it.*, 1950, 1, c. 35 ss.).

³¹⁴ Cass. 22.10.1981, n. 5537, in *Mass. Giur. it.*, 1981; Cass. 26.4.1984, n. 2631, cit.; Cass. 10.12.1991, n. 13268, in *Foro it. Mass.*; Cass. 13.1.1997, n.244, cit.; Cass. 28.1.1997, n. 844, in *Foro it.*, 1997, 1, c. 1472; Cass. 15.5.1998, n. 4899, in *Mass. Giur. it.*, 1998; Cass. 03.08.2000, n. 10188, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass. 12.02.2001, n. 1977., in *Foro pad.*, 2001, I, c. 289; Cass. 25.09.2002, n. 13925, in *Mass. Giur. it.*, 2002. L'*aliud pro alio datum* si configura quando la cosa consegnata sia completamente diversa da quella contrattata in quanto appartenente a un genere diverso. Il criterio per stabilire se vi sia *aliud* è quello della destinazione economico-sociale che alla cosa vien data dal comune commercio e cioè se abbia in concreto la capacità funzionale di soddisfare i bisogni dell'acquirente (nello stesso senso: Cass. 19.8.1961, n. 1993, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1426 ss., con nota di G. BRANCA, Utilizzabilità della cosa e consegna di "*aliud pro alio*"; Cass. 10.2.1967, n. 338, in *Foro it.*, 1967, 1, c. 966 ss.).

Pur in presenza di tale quadro, certamente più organico e ordinato³¹⁵, la giurisprudenza, nuovamente, non si è risparmiata di piegare l'uso degli strumenti di tutela a seconda esigenze che, volta a volta, aveva dinanzi³¹⁶, con risultati non sempre coerenti³¹⁷.

Così, ad esempio, la consegna di un autoveicolo con numero di motore alterato costituisce, secondo le varie corti che hanno esaminato la questione, ora un'ipotesi di nullità per impossibilità giuridica dell'oggetto³¹⁸, ora un difetto di qualità promessa³¹⁹, ora un caso di *aliud pro alio*³²⁰ ora, infine, un mero inadempimento contrattuale³²¹.

L'esperienza di oltre mezzo secolo di applicazione della disciplina codicistica³²² consente di fermare una, seppur provvisoria, conclusione: la tutela del compratore è affidata all'obbligo del venditore di consegnare un bene privo di vizi, ma il regime di tutela, in apparenza tanto analitico e diverso da caso a caso, è stato in concreto utilizzato, avendo riguardo all'interesse da tutelare, piuttosto che al fatto generatore della vicenda di rapporto giuridico, che, in talune pronunce, sembra assurgere a ruolo di mera occasione di tutela e non di giustificazione causale del rimedio medesimo.

Ciò premesso è quanto mai lecito porsi un interrogativo di fondo che, come sempre avviene allorché si tratti di questioni *de iure condendo*, troverà forse soluzioni appaganti solo negli sviluppi futuri.

³¹⁵ Ma, sulla difficoltà di tracciare i confini delle tre diverse ipotesi, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 258 ss.

³¹⁶ A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 263; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, cit., p. 870.

³¹⁷ Anche in tale caso ci sia consentito di riferire di talune pronunce delle nostre Corti che testimoniano tale situazione. Sono stati qualificati come casi di mancanza di qualità le vendite di: zucche non commestibili per marcescenza profonda (Cass. 20.6.1960, n. 1610, in *Foro it.*, 1960, 1, c. 1.500 ss.), azioni di società la cui consistenza patrimoniale risulti inferiore a quella garantita dal venditore (Cass. 10.2.1967, n. 338, cit.), pressa non funzionante in modo adeguato (in specie, non reggeva i 150 Kg. Cass. 27.11.1986, n. 6988. in *Mass. Giur. it.*, 1986); tondini in acciaio non inossidabile (Cass. 19.5.1988, n. 3482, in *Mass. Giur. it.*, 1988); motore diesel da applicare ad una pala meccanica Leyland, (in specie, la Corte ha chiarito che non si sarebbe trattato di un caso di *aliud* perché il motore si è accertato possedere, comunque, una certa idoneità alla funzione Cass. 15.2.1992, n. 1866, in *Mass. Giur. it.*, 1992), di veicolo con motore di tipo diverso da quello pattuito (Cass. 12.1.1955, n. 27, in *Foro it.*, 1955, 1, c. 657 ss.). Sono stati qualificati casi di vizi le ipotesi di vendita di: ceste portabiancheria con insufficiente tenuta dei bottoni e lacerabilità della sacca (Case. 26.4.1.984. n. 2631, cit.), tegole marsigliesi con insufficiente capacità di impermeabilizzazione (si tratta, a dire della corte, di vizio e non di *aliud* perché le tegole non sono risultate del tutto diverse da quelle pattuite, Cass. 5.3.1995, n. 3046, in *Mass. Giur. it.*, 1995), resistenze elettriche fuori tolleranza (Cass. 13.1.1.997, n. 244, cit.). Rappresentano ipotesi di *aliud pro alio datum* i casi di vendita di olio d'oliva mescolato con olii vegetali, oppure di olio d'oliva mescolato con olio rettificato B, nel quale vi sia oltre il 4% di acidità (Case. 1.9.8.1961, n. 1993, cit.) aranci Thomson Navel in luogo di Washington Navel (in specie, la diversità di varietà o di origine tra piante contrattate e piante consegnate determina un vero e proprio caso di *aliud*. La differenza di tipo di origine e di varietà inerisce direttamente una pattuizione o rende la pianta o il prodotto inadatti a soddisfare i bisogni cui sono destinati, Cass. 19.1.1995, n. 593, in *Foro it.*, 1995, 1, c. 2504 ss.). La Cassazione ha affermato che la consegna di cosa usata in luogo di quella vecchia comporta l'applicazione della norma di cui all'art. 1497 cod. civ., anche se ciò non è stato espressamente pattuito, dovendosi reputare implicita la previsione dell'obbligo di consegna di cosa nuova (Cass. 16.4.1992, n. 4681, in *Mass. Giur. it.*, 1992).

³¹⁸ Cass. 12.1.1950, n. 86, in *Foro it.*, 1951, 1, c. 845 ss., con n. di F. BOTTINI, *In tema di vizi redibitori*.

³¹⁹ Trib. Salerno 19.2.1949, in *Foro it.*, 1949, 1, c. 845 ss.

³²⁰ Cass. 23.2.1952, n. 497, in *Foro it.*, 1952, 1, c. 1535 ss.

³²¹ Trib. Avellino 31.5.1952, cit.

³²² Rileva la diversità disciplinare che segue alla qualifica di vizio piuttosto che di mancanza di qualità in ordinamenti diversi da quello italiano, nel quale le due ipotesi presentano una identità di disciplina, A. PINNA, *op. cit.*, p. 520 ss. Nel nostro ordinamento, pertanto, è importante distinguere soltanto tra vizi e *aliud*, perché queste ipotesi hanno un regime disciplinare differente; l'*aliud* non è costretto nei termini stabiliti per le azioni edilizie.

La domanda è però d'obbligo: è praticabile la strada che conduca all'unificazione della normativa sulla garanzia nella(e) vendita(e)³²³?

La risposta ad una simile *quaestio iuris* presenta, quale problematica riflessa, l'altra, relativa alla configurabilità di un regime unitario della responsabilità del venditore per i difetti di conformità, estensibile anche alla vendita di qualunque specie di bene e che veda, come protagonisti del rapporto, soggetti privati qualsiasi³²⁴. In altri termini, risulta possibile estendere la disciplina sulla garanzia nella vendita di beni di consumo alla categoria dei contratti di scambio di beni (o di servizi) di cui all'art. 1519-bis, 1° comma cod. civ.³²⁵, dando vita ad un sistema unitario di garanzia per vizi nei "contratti di vendita"?

Innanzitutto, perché possa ritenersi plausibile questa *reductio ad unitatem* della garanzia per vizi è necessario disquisire brevemente su quelli che rappresentano i presupposti, sui quali tentare di operare una tale costruzione sistematica.

In *primis*, vanno precisati il valore e l'ampiezza dei limiti di applicazione soggettivi ed oggettivi degli articoli 1519-bis ss. cod. civ., senza dimenticare la fondamentale circostanza secondo cui la disciplina della nuova normativa in tema di garanzie si erge su una nozione di vizio onnicomprensiva (art. 1519-ter cod. civ.), cui fa seguito un ampio apparato di rimedi (art. 1519-quater cod. civ.).

Infatti, il difetto di conformità ed i diritti del consumatore non rappresentano altro che le due facce della medaglia "garanzia legale": il piano dell'oggetto della garanzia ed il piano delle azioni esercitabili.

Inoltre, va richiamato il carattere "transtipico" della nozione di vendita di cui alla normativa in esame che ha permesso di evidenziare, in particolare, l'estensione della stessa anche al contratto d'appalto che può costituire paradigma di riferimento per una disciplina unitaria della garanzia, presentando un regime di tutela che appare avvicinarsi

³²³ M. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione*, cit., p. 404 s.; nell'analizzare le problematiche connesse al recepimento della direttiva 99/44/CE, evidenzia un primo fondamentale interrogativo cui dare risposta: "la riforma delle garanzie nella vendita dovrà conservare l'odierna frammentarietà di disciplina, anzi incrementare la, pluralità di regimi operanti in materia - vendita internazionale di beni mobili, vendita "interna" - aggiungendovene un terzo, quello appunto riguardante la vendita (interna) di beni mobili di consumo (da "professionista" a consumatore)? Ovvero converrà cogliere l'occasione per avviare un deciso processo di unificazione della normativa sulle garanzie nella vendita...?". (L'A. propende per la seconda soluzione, fondando la sua opinione su due motivazioni: la perplessità di una disciplina che si fondi sullo status di consumatore; l'esigenza di operare un ammodernamento della disciplina delle garanzie nella vendita).

³²⁴ Secondo A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva*, cit., p. 269, "Il legislatore comunitario ha considerato la sola vendita di beni (mobili) di consumo a consumatori; ma ciò non preclude certo la possibilità di recepire le sue indicazioni nel contesto di una normativa di carattere generale, estesa, cioè, alla vendita di qualsiasi specie di beni a qualsiasi soggetto privato". Per V. BARBA, *op. cit.*, p. 37 ss., la presente disciplina, in quanto speciale, si applica soltanto alle vendite di alcuni beni intercorse fra talune parti.

³²⁵ Va a tal'uopo rilevato che, anche per quanto concerne contratti di scambio come la locazione, che paiono non rientrare nella nozione di vendita enucleabile dal complesso delle disposizioni della direttiva, la disciplina della garanzia nella locazione sembra "chiaramente modellata su quella per vizi nella compravendita ... (costituendo) ulteriore riprova dell'ispirazione unitaria della disciplina relativa alla garanzia contrattuale." (G. Tucci, voce *Garanzia*, cit., p. 585).

maggiormente alla disciplina di cui agli artt. 1519-bis ss. cod. civ. Ma, procedendo con ordine, per quanto riguarda i limiti di applicazione delle disposizioni sulla vendita dei beni di consumo, è previamente da operare una considerazione di carattere generale, tesa a porre in risalto la capacità espansiva della normativa consumeristica³²⁶, che trova conferma nel superamento della teoria che vede, nello status³²⁷, un "fondante" del *contractus*³²⁸.

Se quanto detto pertiene ad un piano generale, anche scendendo nello specifico, è da ritenere che, né le qualifiche di "consumatore" e di "venditore", né quella di "beni di consumo" rappresentino ostacoli insormontabili alla costruzione di un regime unitario di garanzia, pur se bisogna riconoscere che proprio tali nozioni sembrano costituire, allo stato, i limiti ad una prospettiva di unità, suscettibili, tuttavia, di essere superati attraverso il lavoro dell'interprete.

Con riferimento al "consumatore", pare non rappresenti vincolo all'estensione di una disciplina che, pur dettata a sua protezione³²⁹, sembra applicabile anche ad altri soggetti che non rivestano una tale qualifica³³⁰; per altro verso, va evidenziato come sembra che la figura del consumatore, divenuto centro di imputazione di un'imponente serie di disposizioni normative, rappresenti un vero e proprio soggetto all'interno dell'ordinamento

³²⁶ In tal senso, G. VETTORI, *Introduzione, in Materiali e commenti, sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. XXI, il quale, con riferimento alla novella codicistica del '96, afferma che "La novella fa parte di un corpo di norme destinate a regolare ogni rapporto contrattuale, si riferisce a rapporti speciali, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, una è possibile che alcune sue regole abbiano assunto o possano assumere un "carattere generale"; M. Nuzzo, *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, ivi, p. 830 ss., che mette in luce una sorta di continuità delle norme a tutela del consumatore con la disciplina generale del contratto [l'A. si pone la domanda relativa al "se la disciplina speciale abbia caratteri dipendenti solo da esigenze di settore e sia dunque priva di rilievo sistematico, o se invece costituisca applicazione di principi generali già presenti nel sistema che tendono a tutelare il contraente più debole attraverso meccanismi non esclusivamente propri della tutela del consumatore e dunque capaci di applicazione estensiva o analogica", giungendo a dare una risposta attraverso l'analisi attenta e perspicua di "due tecniche di protezione diffuse nella disciplina dei contratti dei consumatori: lo stralcio dal contenuto del contratto delle clausole che ne alterano l'equilibrio in modo sfavorevole al consumatore, fermo restando il contratto per tutto il resto la particolare utilizzazione del collegamento contrattuale nel caso in cui l'affare risulti da una pluralità di negozi concorrenti nella realizzazione del, risultato complessivo cui le parti tendono." (p. 830)].

³²⁷ Sulla ricostruzione dello status come categoria giuridica dotata di una sua propria autonomia - in quanto relativa all'essere dell'individuo e non all'avere" - ed ai suoi risvolti con concetti finitimi, quali la persona fisica e la capacità giuridica e di agire, B. CARBONI, *Status e soggettività giuridica*, Milano, 1.998.

³²⁸ Cfr. G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 20 ss., il quale si oppone "al riprodursi del modello proprio delle società primitive, che commisurano i rapporti tra gli uomini alla loro appartenenza a un ceto o a un gruppo" (p. 20), ritenendo - sulla scorta del dato positivo rappresentato dalla normativa sulle clausole vessatorie - "che la prospettiva del soggetto è criterio che disorienta, invece di orientare l'interprete." (p. 23).

³²⁹ Sono state ampiamente teorizzate da G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, part. p. 173 ss., le nuove caratteristiche delle " nullità " che, proprio perché rivolte alla protezione del consumatore, si connotano per la "relatività" e la "parzialità necessaria". (Nello stesso senso, ID., *Commento all'articolo 1469-quinquies, comma 1, 3 e 5*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 158 ss.; M. Nuzzo, *Commento all'art. 1469-quinquies. Inefficacia. Comma 1 e 3*, in *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova, 1999, p. 843 ss., il quale si sofferma con particolare attenzione sul nuovo uso che si fa dello strumento della nullità, in ragione delle differenti finalità introdotte dalla legislazione speciale "di protezione").

³³⁰ Emblematica, in proposito, quella norma che dà rilievo giuridico ad una "posizione soggettiva, diversa dal consumatore, in una disciplina che tratta dei contratti dei consumatori" e che permette di argomentare nel senso che la novella, anche se "si riferisce a rapporti speciali, sotto il profilo soggettivo e oggettivo" può contenere regole che "abbiano assunto o possano assumere un "carattere generale-(G. VETTORI, *Commento all'articolo 1469-quinquies, comma 4*, cit., 200 s.). Sempre con riferimento alla novella codicistica del '96, G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 29, afferma che "se la disciplina viene incentrata sullo status, a parte la difficoltà tecnica di individuarlo, con un errore di prospettiva si pone questo a fondamento d'una normativa, che invece ha indole oggettiva: al contratto si disconoscerebbe quel ruolo che le direttive comunitarie vogliono consolidare per realizzare l'economia di mercato.". Anche C.M. BIANCA, *A contrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, p. 1128, ha di recente sostenuto che occorrerebbe andare verso un'ampia "tutela sostanziale della parte debole, a prescindere dalla sua condizione soggettiva di persona fisica e di consumatore", anzi, secondo l'A., "l'attuale indirizzo normativo sembra già muoversi in tale direzione. Un chiaro segnale al riguardo è stato dato dalla legge sulla subfornitura."

giuridico³³¹, da affiancare alle classiche figure della persona fisica e della persona giuridica, ed a cui favore il legislatore interviene in presenza di una situazione di fatto³³², non connessa a parametri di ordine soggettivo. Assunto, quest'ultimo, che rafforza il valore generalizzante delle norme che ad esso (il consumatore) sono indirizzate, potendo ritenersi, ormai, il diritto dei consumatori come appartenente al diritto civile in senso stretto, quale diritto del *civis* come tale.

Per quanto concerne il "venditore", è proprio l'interpretazione più plausibile da assegnare all'espressione "utilizza i contratti di cui al comma primo" (art. 1519-bis, co. 2°, lett. c), cod. civ.), assieme al largo raggio di estensione della nozione di vendita data dall'art. 1519-bis, 1° comma cod. civ., a far propendere per una atecnicità del termine "venditore".

La stessa figura del venditore, anche a volersi attenere allo specifico significato che riveste nel (più recente) linguaggio codicistico, presenta una frammentazione allorché, regolandosi il diritto di regresso (art. 1519-quinquies cod. civ.), sono individuate le sottofigure del venditore finale e del venditore intermedio, richiamandosi espressamente quella del produttore, la cui definizione è risalente nel diritto europeo. Riguardo al "bene di consumo", invece, la sua nozione, anche a ragione dell'ambiguità delle esclusioni dettate dall'art. 1519-bis, 2° co., lett. b), consente di argomentare a favore di un'interpretazione che vede, nel bene di consumo, una categoria non del tutto definita e, quindi, potenzialmente orientata a ricomprendere i beni più diversi: unici rigorosi limiti sarebbero identificabili nelle eccezioni elencate nella lettera b) della disposizione succitata³³³. Del resto, un'estensione generalizzata della disciplina in esame può evincersi anche dall'analisi complessiva delle disposizioni dettate dalla disciplina sulla vendita dei beni di consumo: al combinato disposto degli articoli 1519-ter e 1519-quater cod. civ. corrisponde, infatti, una

³³¹ Per quanto riguarda il consumatore come soggetto di diritto privato, cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, voce "*Consumatore (tutela del)*", in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 2000, p. 2, il quale evidenzia che, alla "dicotomia dei codici civile e commerciale", nella quale è vissuto per circa due secoli il diritto privato, "si è poi aggiunta; a cominciare da un secolo a questa parte e con dimensioni sempre più grandi, quella introdotta con la figura del lavoratore subordinato, per il quale le originarie figure del diritto privato comune sono ormai uno sbiadito quadro di riferimento", cosicché non vi sarebbe da meravigliarsi se "a seguito di convergenti spinte economico-sociali registrate in tutti i paesi occidentali, sia emersa ora la figura del consumatore"; inoltre, si rileva come "La variazione più significativa viene registrata nel diritto dei contratti", in riferimento al quale l'A. sottolinea " la fine' di un principio base dell'ordinario diritto dei contratti: quello della simmetria, almeno teorica, delle posizioni di debitore e creditore, che è propria di tutti i contratti sinallagmatici nei quali ciascuna parte riveste entrambe le posizioni e rispetto ai quali l'impianto codicistico fissa un astratto punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze. In altre parole, il debitore "consumatore" non ha le medesime obbligazioni del debitore non consumatore; e 'il creditore non' consumatore non ha i medesimi diritti del creditore "consumatore".

³³² Si è posto in luce che "Quel che attiva l'intervento a pro del consumatore è una situazione di fatto la quale può essere o presunta ovvero dare vita a presunzioni". (V. ZENO-ZENCOVICZI, *op. loc. ult. cit.*).

³³³ Si è debitamente posto in luce che più di un autore non ha mancato di rilevare come la portata della normativa sulla vendita dei beni di consumo, "toccando il tema della garanzia per vizi, e cioè uno degli aspetti centrali e più problematici dell'intera disciplina in tema di vendita, debba travalicare i confini di una circoscritta applicazione soggettiva (ed anche oggettiva) per estendersi necessariamente ad ogni, ipotesi di compravendita (a prescindere, cioè, 'dalla qualificazione dei contraenti o dalla natura dei beni 'compravenduti')" (M. HAZAN, *op. cit.*, p. 395). Peraltro, va detto come la delimitazione dell'operatività della novella del 2002 ai soli beni mobili "non realizza sul piano interno l'obiettivo di uniformare la disciplina delle garanzie già raggiunto dai legislatori di altri Stati: ci si riferisce, in particolare, a quello austriaco, il quale, col la legge federale del 5 agosto 2001, ha finito per estendere la disciplina di derivazione comunitaria al trasferimento di proprietà dei beni immobili".

categoria onnicomprensiva di vizi ed un'ampiezza assoluta di rimedi azionabili; dagli articoli 1519-octies e 1519-nonies cod. civ, risulta il fine precipuo della normativa che è quello di assicurare una protezione *tout court* al consumatore³³⁴. Ma, rilevata l'ampiezza, pur sempre in un'ottica futura, dei limiti di ordine soggettivo (consumatore, venditore) ed oggettivo (beni di consumo) che può condurre a concludere nel senso di una propensione delle norme sulla vendita dei beni di consumo verso un'applicazione il più possibile generalizzata, anche in virtù dello spirito complessivo ricavabile dalla lettura dell'insieme delle disposizioni che ne costituiscono la sua struttura, si sono poste soltanto le basi per argomentare sull'edificabilità di un sistema unitario sulle garanzie legali. Questo perché diventa essenziale l'individuazione di una categoria di contratti alla quale applicare una tale disciplina.

Regime unitario non può non voler dire omogeneità di disciplina, che abbracci una categoria di rapporti contrattuali³³⁵ i quali trovino le regole concernenti la garanzia (legale) in un medesimo nucleo normativo.

E dunque la definizione di vendita, data dagli articoli 1519-bis ss. cod. civ. e dalla quale si è coniata la sintesi verbale "contratti di vendita", che rappresenta passaggio obbligato per pervenire ad un definitivo assemblamento dei vari elementi che dovrebbero comporre il nascente sistema delle garanzie legali.

Proprio il trasversale ambito di applicazione della normativa sulle garanzie nella vendita dei beni di consumo, tendente a ricomprendere più schemi contrattuali tra quelli previsti dal legislatore del '42, sembrerebbe legittimare una lettura della stessa come disciplina unitaria. Le azioni esercitabili dal consumatore in presenza del difetto di conformità, infatti, sono già regolate dal nostro codice³³⁶, se si considerano, unitariamente e complessivamente, gli strumenti di tutela relativi alle garanzie legali: i rimedi azionabili dal compratore, nelle ipotesi in cui il bene compravenduto presenti vizi, difetti di qualità o

³³⁴ Per non parlare dei termini previsti dall'articolo 1519-sexies cod. civ., affinché il consumatore possa valersi del sistema di garanzia predisposto dalla direttiva, che amplia il tempo concesso al compratore, a pena di decadenza e di prescrizione.

³³⁵ Si è rilevato, come la nozione di rapporto giuridico, similmente a quella di diritto soggettivo, è giunta ad una concettualizzazione giuridica, attraverso due fonti di differente natura: l'una, relativa al piano, per così dire empirico, concernente le relazioni tra gli uomini; l'altra, più strettamente correlata con l'esperienza giuridica. (S. PALAZZOLO, voce *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 ss.). Particolarmente interessante, per gli effetti che produce sul rapporto giuridico, è il contratto di transazione, specialmente con riguardo alla figura di transazione comunemente detta 'novativa', in merito alla quale A.M. PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, cit., p. 67, ha esattamente osservato come "L'effetto sostitutivo, ..., non consiste nella sostituzione della situazione giuridica contestata con una situazione giuridica nuova e diversa; ma nella sostituzione di una regola nuova a quella che disciplinava il rapporto controverso".

³³⁶ Un'analisi diacronica, degli eventi storici che hanno condotto alla formazione del codice civile attuale, è operata da R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1970, p. 240 ss. Come perspicuamente posto in evidenza, il codice del 1942 "Non è, come si vorrebbe dalle gerarchie del partito unico, il codice del fascismo (il quale vi appare in formule isolate e caduche), ma il codice di una fase diversa dell'economia italiana. Non più la proprietà di beni immobili al centro del sistema, ma l'impresa ed il lavoro; non più una disciplina delle obbligazioni civili diversa dalla disciplina delle obbligazioni commerciali, ma un diritto unico e comune di tutti i rapporti economici." (N. IRTI, voce *Diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VI, Torino, 1990, p. 141).

aliud pro alio, compenetrandosi con quelli concessi al committente per i vizi e le difformità dell'opera appaltata, sembrano capaci di riprodurre quell'ampio "armamentario" di rimedi che il diritto europeo appresta a tutela del consumatore nella vendita di beni di consumo.

Del resto è opportuno rilevare che una siffatta ricostruzione non varrebbe a scalfire l'unitarietà della categoria generale del contratto³³⁷, le cui regole non dettano norme in materia di garanzia ma rimandano, in virtù di quella disposizione carica di *vis* sistematica, costituita dall'art. 1323 cod. civ.³³⁸, alla disciplina particolare dettata per i singoli tipi.

Tra i contratti disciplinati dal codice, e non soltanto tra quelli potenzialmente riconducibili alla nozione di vendita di cui alla disciplina sulle garanzie nei beni di consumo, norme circa la garanzia legale per le anomalie od inesattezze della prestazione dedotta in contratto si ritrovano esclusivamente in materia di vendita e di appalto. Espliciti sono in tal senso i richiami delle disposizioni di rinvio, presenti in tema di permuta o di somministrazione (artt. 1555 e 1570 c.c.), contratti, questi ultimi, non a caso equiparati dal legislatore interno a quelli di vendita. È inoltre da aggiungere che anche l'eventuale riconduzione, alla definizione di vendita della normativa in esame di contratti non previsti dal codice (come, ad esempio il leasing), non esclude l'estensione a questi contratti delle disposizioni da essa dettate.

Ciò sempre in virtù dell'art. 1323 cod. civ., che rappresenterebbe il fulcro del sistema della garanzia legale, per tre finitime, ma differenti ragioni, rendendo possibile: a) l'estensibilità a tutti i contratti, regolati o meno dal codice, delle norme generali, relative alla categoria del contratto³³⁹; b) l'enucleazione di una specifica categoria di contratti, quali quelli sussumibili nella nozione di vendita di cui all'art. 1519-bis, 1° comma, cod. civ. ed identificabili (pur con qualche eccezione) con i contratti di scambio di beni (o di servizi), per i quali la garanzia legale non trova una disciplina puntuale ed esaustiva nelle norme sui singoli contratti; c) l'applicabilità di norme generali, riferibili a tutti i contratti o ad intere

³³⁷ Sulla significativa utilità ed attualità della figura del contratto quale categoria generale, è d'obbligo ricordare il mai datato saggio di G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991 I, p. 649 ss. (ora anche in ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997). Con precipuo riferimento all'imperitura funzione del contratto come paradigma di riferimento, anche a fronte del diffondersi delle nuove forme di contrattazione, ID., *Tutela del consumatore, e autonomia contrattuale*, cit. spec. pp. 30-32; Id., *Diritto e linguaggio. Variazioni sul "diritto nudo"*, in *Europa - dir. priv.*, 1999, pp. 137 ss., spec. 146 ss.

³³⁸ Per G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit., p. 661, l'art. 1323 c.c., come sintesi dell'intero Titolo, fonda dunque l'unità d'una categoria, la cui ricostruzione è opera dell'interprete.

³³⁹ Come osservato da G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 676, "Mentre l'art. 1321 c.c. individua la figura astratta di contratto nell'accordo bi-plurilaterale relativo a un rapporto giuridico patrimoniale, l'art. 1323 c.c. ne staglia il valore sul piano della disciplina rispetto alle figure concrete, siano o non siano esse espressamente previste dalla legge". Svalisce l'importanza di una tale disposizione, N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 559, secondo il quale, "L'art. 1323 previene e rimuove il dubbio, che le norme del titolo II siano regolatrici anche dei contratti atipici: norma interpretativa - direi -, la quale non allarga la sfera di applicazione delle altre norme, ma la fissa e determina (dove la rubrica assertoria: "Norme regolatrici dei contratti")".

categorie di essi, e rintracciabili anche al di fuori del Titolo II, del Libro IV, cod. civ., nonché dello stesso apparato codicistico³⁴⁰.

Per aderire più consapevolmente ai predetti assunti, nonché per sottolineare l'estrema importanza che una disposizione di raccordo tra disciplina generale e particolare in materia contrattuale, come quella di cui all'articolo 1323 cod. civ.³⁴¹, svolge nel caso di specie, appare però opportuno vagliare con maggiore attenzione un profilo su tutti: l'attendibilità dell'enucleazione, per il tramite della disposizione citata, di una categoria di contratti che non contravvenga al sistema disegnato dal nostro codice. Quest'aspetto, a sua volta, va considerato sia con riferimento alle norme generali sul contratto che, a quelle particolari, oltre che inevitabilmente in rapporto ai nessi intercorrenti fra i due insiemi di norme: Proprio muovendo dall'articolo 1323 cod. civ. può affermarsi che, da una parte, non sono presenti nelle disposizioni generali sul contratto, come già posto in evidenza, norme regolanti il tema della garanzia; per altro verso non risulta, alla luce delle istanze del diritto comunitario, una disciplina particolare della garanzia, rintracciabile tra le disposizioni concernenti i singoli contratti, che possa dirsi completa ed esaustiva.

Ebbene, l'utilità di un insieme di contratti, avvinti dall'unicità della disciplina sulle garanzie legali, costituenti categoria che si caratterizza per una sorta di specificità, sembra sostanziarsi in un duplice senso e, cioè, sia con riguardo alla normativa generale sul contratto (Titolo II, Libro IV cod. civ.) che alle disposizioni particolari dettate per i singoli contratti (Titolo III, Libro IV cod. civ.). Non si vede, peraltro, come non possa assurgere a normativa, per così dire, di rango generale, quella concernente un singolo istituto o un complesso unitario di regole³⁴², seppur applicabili a determinati contratti, tipici od anche

³⁴⁰ Cfr., G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 661, laddove si rileva come, per l'individuazione delle norme generali, "non è determinante la collocazione: nel Titolo II possono essere scritte norme che dettano una "disciplina particolare" e altrove "norme generali": l'indicazione topografica qui utilizzata risponde solo a un'esigenza di semplificazione verbale." (L.A. - nella nota 32 - evidenzia quanto affermato da Carresi, "per il quale le norme generali sono non soltanto quelle contenute nell'apposito titolo Dei contratti in generale, ma anche tutte le altre che, al di fuori di detto titolo e dello stesso codice civile, sono dettate per tutti i contratti o per intere categorie di essi"). Anche R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, sub. artt. 1321-1352, Bologna-Roma, 1972, p. 51, rileva che "le norme generali sui contratti (quell che avviene anche per le norme speciali) non si rinvencono soltanto nella *sedes materiae* del titolo 11, libro 3, o meglio qui il legislatore colloca secondo un criterio sistematico e coerentemente perseguito, le norme, come dire tipicamente ed esclusivamente attinenti al fenomeno contrattuale. Ma in diverse parti del Codice, in special modo in tema' di tutela dei diritti, si rinvencono altre disposizioni che, seppur attengono a fenomeni di ordine più vasto tuttavia toccano, anche e principalmente, spetti ed elementi di peculiare rilievo connessi alla figura del contratto"

³⁴¹ Contraria è l'opinione di G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 333 s., il quale, solo svalutando e ridimensionando la portata di una disciplina comune dei contratti riesce a negare la rilevanza dell'art. 1323 c.c., quale disposizione fondante "il lineare rapporto tra parte generale sul contratto e parte speciale sui singoli contratti".

³⁴² Peraltro, viene esattamente posto in luce da R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 50, come "la delimitazione tra la disciplina generale (il suo oggetto) e quella particolare ai diversi tipi risulta in certa misura convenzionale e contingente. Nel senso che la decisione, se collocare una regola o istituto contrattuale nell'ambito delle norme comuni a tutti i contratti, o riferirla ad un contratto tipico in cui rinviene specifica rispondenza, costituisce il frutto di considerazioni di opportunità, che possono anche mutare con l'evolversi della materia".

atipici³⁴³. Tale conclusione si regge sull'intercambiabilità, sancita dall'articolo 1323 cod. civ., tra la disciplina generale del contratto e quella particolare³⁴⁴, dettata, sia con riguardo ai singoli tipi che ai contratti che non trovano un'espressa regolamentazione all'interno del codice³⁴⁵.

Dunque, unificando sotto il difetto di conformità le anomalie del bene compravenduto o fornito attraverso la fabbricazione o produzione, sarebbe enucleabile una categoria di contratti di scambio³⁴⁶ di beni o di servizi³⁴⁷, nel cui ambito la garanzia legale risulterebbe regolata da un variegato e multiforme apparato di rimedi³⁴⁸.

La normativa di origine europea concernente le garanzie sulla vendita di beni di consumo sarebbe la misura della garanzia legale, nei rapporti contrattuali riconducibili sotto la sintesi verbale "contratti di vendita", ricavabile dal paragrafo 1-bis, Sez. II, Capo I, Titolo III, Libro IV cod. civ. Inoltre, come in premessa evidenziato, la stessa tecnica di recepimento adottata dal legislatore italiano, il quale ha introdotto la nuova disciplina di provenienza comunitaria all'interno del codice civile, risulterebbe prova dell'assunto concernente la creazione di un unico sistema integrato di disposizioni in materia di garanzia per vizi, in conseguenza della complementarietà tra le discipline sulla `vendita in

³⁴³ Giova evidenziare quanto affermato da M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., p. 196 ss., la quale, in riferimento all'opera di qualificazione di un singolo regolamento contrattuale secondo il criterio dell'oggetto, operante (nelle ricostruzioni più recenti) attraverso la classificazione in categorie, sottocategorie e tipi, sottolinea la circostanza che "la classificazione in parola consentirebbe soprattutto di evitare le sussunzioni forzate delle fattispecie concrete in un tipo positivamente regolato: al contratto tipico (previsto dalla legge) non si contrapporrebbe più la figura del contratto innominato (sottoposto alla sola disciplina generale dei contratti o per analogia regolato da norme relative ai tipi negoziali simili), ma si aprirebbe una nuova prospettiva: contratti catalogabili in uno dei tipi codificati, ma egualmente disciplinati in via diretta da regole positive di legge ricavate dalla disciplina della sottocategoria" (l'A. porta ad esempio: la regola concernente la consegna della cosa compravenduta, la conservazione in buono stato della cosa custodita, etc....). In definitiva, secondo l'A. sarebbe consentito di reperire nel codice una disciplina positiva applicabile in via diretta per tutti i contratti non specificamente previsti e regolati" (p. 199).

³⁴⁴ P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 808 s., negando l'assoluta veridicità dell'affermazione secondo cui le norme generali sul contratto contengano solo disposizioni inerenti al profilo strutturale, pur ammettendo che è la parte speciale a contenere - per la maggior parte - le norme sul contenuto, afferma che, "quando la parte speciale contiene norme sul contenuto del contratto ... non è detto che tali norme siano di applicazione circoscritta al tipo contrattuale entro la cui disciplina sono collocate. Le norme sulla garanzia per evizione, conservate nella sede della vendita, valgono per ogni ipotesi di alienazione a titolo oneroso. E la casistica dei contratti atipici, potrebbe fornire più larga esemplificazione".

³⁴⁵ Circa la sottoposizione, anche dei contratti atipici (come quelli tipici), alla disciplina generale contenuta negli articoli 1321-1469 c.c., nonché, nello stesso tempo, 'all'applicazione nei loro riguardi delle norme stabilite per i contratti speciali, cfr. M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 175.

³⁴⁶ La larga applicazione delle norme relative ai difetti della cosa venduta alla generalità dei contratti di scambio; si desume anche dalla Relazione del Ministro Guardasigilli al Libro del Codice civile "Delle obbligazioni", dove al n. 7 si legge che "Quello della vendita commerciale si è dimostrato, in verità; campo fertile di principi capaci di più vasta applicazione"; infatti le norme concernenti la denuncia e l'accertamento dei difetti della cosa venduta (art. 352), il deposito di essa (art. 353), l'esecuzione coattiva (articoli 354 e 355) seguono le linee degli articoli 68 e 71 cod. comm. e quindi dominano ogni attività economica che 'ha per oggetto uno scambio, anche se non 'è, qualificata dal fine di speculazione". Si è rilevato, nel porre in evidenza come lo scambio muto del supermercato non è senza accordo, che "Sotto il profilo sostantivo della fattispecie, lo scambio tra cosa e prezzo costituisce la causa del contratto` di compravendita, che è l'archetipo dello schema astratto di contratto. Del resto, la stessa parola "scambio" contiene un'idea di rapporto, nella cui struttura si realizza la cessione reciproca." (G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul "diritto muto*, cit., p. 148).

³⁴⁷ Di certo, fenomeno che esula, dal senso in cui - in questo contesto - è adoperata la parola "servizi" è quello concernente il mercato finanziario, all'interno del quale, spicca l'attività di intermediazione finanziaria, lucidamente definita da M. ZACCHEO, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, cit., p. 6, come locuzione "infelice ..., rilevandosi affatto inidonea, per la sua genericità, a porsi come punto di riferimento di uno studio del mercato finanziario".

³⁴⁸ Senza dubbio arduo, era il compito di recepimento spettante al legislatore, anche per le numerose soluzioni praticabili, riguardo alle quali, cfr., A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE*, cit., pp. 261 - 263; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., pp. 251 ss., spec. 268 ss. Forse mera utopia, anche se idea molto suggestiva, appare quella dell'inserimento di un nuovo Capo, nel Titolo III, del Libro IV, cod. civ., intitolato "Della disciplina della garanzia legale nei contratti di vendita".

generale” e sulla “vendita dei beni di consumo”. Rilievo vieppiù rafforzato dalla recente entrata in vigore del Codice del Consumo (D. Lgs. 6.9.2005 n. 206), che riassume e risistema la legislazione in vigore a protezione del consumatore.

Non sembrerebbe, dunque, privo di senso, argomentare di un diritto comune delle garanzie nei contratti di vendita³⁴⁹. E’ opportuno tuttavia volendo sostenere la tesi dell’unità (in materia di garanzie legali), soffermarsi sull’analisi dell’effettivo grado di generalità che la disciplina sulla vendita dei beni di consumo presenta. Si tratta, più in particolare, di verificare quale sia la portata della formula adoperata dall’art. 1323 cod. civ., ossia considerare se, per affermare la generalità di un determinato nucleo normativo, *conditio sine qua non* sia rappresentata dalla possibilità di applicare le disposizioni ad esso concernenti a tutti i contratti, senza distinzione alcuna.

Dalla risposta a tale interrogativo consegue quella che più interessa nella specie, ovvero la propugnabilità dell’esistenza di una categoria generale di rapporti contrattuali a prescindere dall’assoluta estensibilità delle disposizioni costituenti il c.d. diritto comune dei contratti.

In proposito, due sono i ragionamenti che possono tornare utili per tentare di risolvere l’anzidetta problematica: l’uno, prettamente letterale, l’altro più spiccatamente sistematico, che tende a porre in risalto l’esistenza, all’interno del nostro apparato codicistico, di istituti di parte generale o, meglio, di gruppi di regole che trovano applicazione con riferimento a contratti peculiarmente caratterizzati.

Tale secondo ordine. di ragionamento contribuirà a dimostrare come, nel nostro sistema codicistico, siano già presenti categorie generali di contratti cui sono applicabili solo alcune delle norme sul contratto in generale. Innanzitutto, è il tenore letterale dell’art. 1323 cod. civ. a segnalare che "Tutti i contratti [...] sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo", ma non a tutte le norme di cui al Titolo II del Libro IV.

Detta interpretazione è confortata, ragionando a contrario, dall’inciso dell’art. 1323 cod. civ., osservando che, avendo il legislatore specificato come le norme regolatrici dei contratti si estendano anche a quelli che "non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare", allo stesso modo, avrebbe, se così fossero state le sue intenzioni, affermato, *expressis verbis*, la sottoposizione di tutti i contratti a `tutte' le norme generali contenute nel Titolo II Libro IV.

³⁴⁹ G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit., p. 661, enfatizza il ruolo di un "diritto comune dei contratti", che è "opera dell’interprete" ricostruire, per il tramite dell’articolo 1323 cod. civ.. (Nella specie, il "diritto comune delle garanzie nei contratti di vendita" potrebbe erigersi, sulla modificazione che le norme stabilite a tutela del consumatore hanno portato nella concezione del contratto di vendita, il quale, da contratto diretto a trasferire il bene, sembra essersi trasformato, ad opera del diritto europeo, in una operazione economica destinata a garantire l’integrità qualitativa, oltre che quantitativa, di un bene).

Cioè, può dirsi che l'art. 1323 cod. civ., da una parte, estende le norme generali in materia contrattuale alla totalità dei contratti meritevoli di tutela (siano essi tipici, atipici o misti che dir si voglia), dall'altra, non detta espressamente la sottoposizione dei rapporti contrattuali a tutte le disposizioni sul contratto in generale.

Se si volesse ritenere diversamente, l'autonomia privata, per di più nel contesto della medesima norma, riceverebbe, in un primo tempo, la massima considerazione, per venire poi sacrificata di fronte al rispetto dell'intero insieme di norme di cui al Titolo II, Libro IV, cod. civ., e a discapito dello specifico interesse perseguito dai contraenti con il singolo vincolo. Conferma di un tale argomentare sarebbe da rintracciare in istituti di carattere generale come la cessione, la risoluzione o la rescissione, le cui disposizioni sono pacificamente ritenute applicabili ai soli contratti con prestazioni corrispettive³⁵⁰ o, ancora meglio, nelle regole valesi soltanto per i contratti plurilaterali³⁵¹, il cui parallelismo con i "contratti di vendita", pur risultando un po' spinto, è utile ad evidenziare la presenza, nell'ordinamento, di un gruppo di contratti che assurge, addirittura, a livello di categoria contrattuale positivizzata, perché trovino ad essa applicazione un limitato numero di norme afferenti al contratto in generale.

Infatti, l'art. 1420 cod. civ. (rubricato "Nullità del contratto plurilaterale") da la nozione di contratto plurilaterale³⁵², alla cui figura va riconosciuta la qualificazione di categoria generale, per essere ricompresa tra le norme applicabili a tutti i contratti (artt: 1321-1469 c.c.). Ai contratti plurilaterali, però, sono estensibili solo poche disposizioni, tra quelle deputate a regolare il contratto in generale, ma, ciononostante, di tale figura il legislatore ha dato una specifica definizione, dimostrando di attribuirle, attraverso una precisa collocazione sistematica, una caratterizzazione di generalità.

Va poi aggiunto che la similitudine fra la categoria dei "contratti plurilaterali" e quella dei "contratti di vendita" appare ancora più evidente, considerando che le norme applicabili ai

³⁵⁰ Con` precipuo riferimento all'istituto della rescissione per lesione ultra dimidium, G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit., p. 665, rileva come "il rimedio ormai generale non necessariamente deve applicarsi, per essere tale, a tutti i contratti: esso è dimensionato dallo stesso congegno tecnico della lesione ai contratti sinallagmatici. Ciò che nulla toglie alla sua generalità. Tale "generalizzazione" non va ridotta, per dir così, ad un fenomeno puramente quantitativo, perché essa, non rimane senza conseguenze sui connotati essenziali dell'ordinamento: nella specie, un'autorevole dottrina è giunta a formulare, per i contratti sinallagmatici, il principio di "adeguatezza delle prestazioni".

³⁵¹ Sul tema del contratto plurilaterale, cfr. F. MESSINEO, voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 139 ss.; A. BELVEDERE, voce *Contratto plurilaterale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 270 ss.; S. MAIORCA, voce *"Contratto plurilaterale"*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988; G. FERRI, voce *"Contratto plurilaterale"*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 678 ss. E, recentemente, sul contratto plurilaterale di scambio, come categoria contrapponibile al contratto plurilaterale associativo V. BARRA, *Profili civilistici del leveraged buyout*, Milano, 2003.

³⁵² Nel testo dell'art. 1420 cod. civ., si è rilevato che "troviamo la descrizione di contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune", e non c'è dubbio che con tale descrizione il legislatore attribuisca un significato al termine "contratto plurilaterale", essendo frequente nel codice civile l'uso di porre nella rubrica una espressione od un termine corrispondente ad una realtà poi descritta nel testo dell'articolo." (A. BELVEDERE, *op. ult. cit.*, p. 273). Secondo l'opinione che può dirsi maggiormente accreditata, la peculiarità di tale figura sembra essere rappresentata dal necessario ricorrere di due distinti elementi: la "pluralità delle parti" e la "comunanza di scopo" (cfr. F. MESSINEO, *op. cit.*, part. pp. 142 ss.).

contratti plurilaterali (benché questi ultimi risultino notoriamente contrapposti ai contratti con prestazioni corrispettive) attengono al profilo prettamente patologico del sinallagma, così come avviene per la disciplina analizzata che detta i rimedi azionabili in presenza del difetto di conformità.

Può allora desumersi come se ai contratti plurilaterali, cui va riconosciuta dignità di categoria generale, sia applicabile un ristretto numero delle norme contemplate dal Titolo II, Libro IV, cod. civ. (artt. 1446, 1459 e 1466), e tutte, peraltro, relative al profilo sanzionatorio del contratto, anche i "contratti di vendita" possano fregiarsi dell'attributo di categoria generale.

Legittimano tale conclusione due osservazioni: irrilevante è, come precedentemente evidenziato, il dato topografico, rappresentato dalla collocazione sistematica all'interno del codice, e tale da non sopprimere le potenzialità applicative di uno specifico insieme di norme, ora ancor più fondato alla luce della recente entrata in vigore del Codice del Consumo; la generalità di un singolo nucleo di disposizioni normative, dalle quali è possibile individuare una categoria contrattuale, può essere variamente graduata a seconda dei casi.

Nella specie, ci troveremmo in presenza di un livello di generalità attenuato, cosicché la categoria contrattuale che andrebbe sotto il nome di "contratti di vendita" sarebbe dotata di generalità, seppur limitata, attesa l'applicabilità ad essa delle disposizioni sulla vendita dei beni di consumo (artt. 1519-bis ss. cod. civ.).

10. segue: un approfondimento su difetto di conformità e *aliud pro alio*?

Il problema che si vuole approfondire nel presente paragrafo si può sintetizzare nell'interrogativo se nell'ambito della vendita di beni mobili ai consumatori la (tradizionalmente) autonoma fattispecie di violazione del contratto di vendita, nota come *aliud pro alio datum* (cioè la consegna di cosa diversa da quella convenzionalmente pattuita nel contratto), sia stata assorbita dalla nuova, ampia e omnicomprensiva nozione di "conformità al contratto" di cui all'art. 1519-ter c.c., e conseguentemente se essa ricada (unitamente alle ipotesi dei vizi e della mancanza di qualità essenziali o promesse) nella disciplina ivi prevista, soprattutto per quanto riguarda i termini ex art. 1519-sexies c.c. e i rimedi ex art. 1519-quater c.c.

Prima di entrare nel merito del tema che s'intende affrontare sembra necessario svolgere alcune considerazioni sia sugli obiettivi che il legislatore si è prefisso con l'introduzione nell'ordinamento degli art. 1519-bis ss. c.c., sia sulla qualificazione della fattispecie contrattuale ivi disciplinata e sulla sua collocazione all'interno del sistema del codice civile. Si tratta infatti, come si vedrà, meglio in seguito, di due profili centrali ai fini della soluzione del problema.

Sotto il profilo delle finalità perseguite la disciplina di derivazione comunitaria di cui agli art. 1519-bis ss. cod. civ. - come altre che l'hanno preceduta - è diretta ad elevare, in termini sia quantitativi sia qualitativi, il livello di tutela del consumatore nel mercato rispetto a quello di cui essi disporrebbero secondo i singoli ordinamenti nazionali. Come detto più volte siamo in presenza di una disciplina non isolata, ma che si inserisce in un quadro sistematico di interventi volti a rafforzare la tutela dei consumatori, sul presupposto che, proteggendo il consumatore, soprattutto contro le asimmetrie informative presenti nell'attuazione di certi scambi, sia possibile giungere ad un mercato unico più efficiente³⁵³.

Il potenziamento della tutela dei consumatori costituisce obiettivo precipuo di questi interventi, rispetto al quale l'uniformazione legislativa dei sistemi giuridici degli Stati membri rappresenta una finalità generica e che sta sullo sfondo dei provvedimenti legislativi in tema di mercato dei consumi. Ciò risulterebbe confermato dalla costante presenza nelle direttive sui contratti del consumatore di clausole *de minimis* (cfr., con riguardo alla vendita di beni di consumo, l'art. 8, comma 2, della direttiva n. 1999/44/CE), e costituisce argomento sovente impiegato dai nostri tribunali per risolvere questioni interpretative poste dalla disciplina sui contratti del consumatore: ad esempio, in Trib. Roma 4 febbraio 2002³⁵⁴ bisognava stabilire se l'esclusione della vessatorietà *ex art. 1469-ter*, comma 3, riguardasse soltanto le disposizioni di legge ordinaria oppure anche quelle regolamentari, e si è concluso nel primo senso sostanzialmente argomentando sulla base della maggior tutela del consumatore che questa interpretazione offre.

Da quanto detto, e sempre che la premessa sia fondata, consegue che, nell'applicare la disciplina dei contratti del consumatore, sarebbe più corretto, in caso di dubbio, preferire soluzioni interpretative più favorevoli per i consumatori, anche qualora simile scelta possa

³⁵³ Sul punto, cfr. GABRIELLI E., ORESTANO, *Contratti del consumatore*, Torino 2000, 6 ss., e ivi riferimenti bibliografici. Dal canto suo, la direttiva 24 maggio 1999 n. 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, nei diversi considerando fa riferimento alla necessità di rafforzare la libertà dei consumatori « di acquistare merci sul territorio di un altro Stato membro » (n. 2), di impedire che « i mercati nazionali relativi alla vendita di beni di consumo differisc[a]no gli unidagli altri e che poss[a]no verificarsi distorsioni della concorrenza fra i venditori » (n. 3), di impedire « la ricostruzione artificiale di frontiere e la compartimentazione dei mercati » (n. 4).

³⁵⁴ In *Corr. giur.*, 2002, 1618, con commento di Fic, «Consumatore», «professionista» e criteri di vessatorietà nei contratti del consumatore.

determinare un'attenuazione del livello di uniformità legislativa tra i sistemi giuridici dei singoli Paesi membri dell'Unione. Quanto al profilo della qualificazione tipologica della fattispecie, la « vendita di beni di consumo », o meglio la « vendita di beni mobili ai consumatori »³⁵⁵, individua un sottotipo della vendita, poiché nella disciplina dettata dal legislatore si rinvengono una serie di elementi ulteriori non contemplati come essenziali nello schema del tipo sovraordinato, ma non tali comunque da determinare la fuoriuscita della fattispecie concreta dal tipo principale³⁵⁶.

Rispetto al tipo principale, infatti, si instaura un rapporto da contenente a contenuto, dato che, per un verso, la vendita di beni di consumo ha un'elasticità minore di quella del tipo principale, in quanto vi si rinvengono aspetti essenziali del tipo, ma integrati da altri elementi « extra-tipici » che la legge considera e disciplina nella configurazione del sottotipo. La disciplina della vendita di beni di consumo, infatti, in linea con gli obiettivi della direttiva comunitaria, riguarda « taluni aspetti » della vendita di beni di consumo e delle garanzie (cfr. art. 1519-bis, comma 1), disciplinando quindi soltanto alcuni profili di una vendita caratterizzata da una qualità soggettiva - l'essere « consumatore » - dell'acquirente.

Quanto sopra rilevato rende evidentemente possibile che altre norme, e segnatamente quelle del tipo principale sulla vendita (ovvero, in assenza, quelle sul contratto in generale), possano applicarsi alla fattispecie, naturalmente se non derogate dalla normativa speciale o in mancanza di essa³⁵⁷.

Per l'ulteriore svolgimento del discorso occorre altresì preliminarmente inquadrare la fattispecie dell' *aliud pro alio* nel quadro delle diverse possibili violazioni del contratto di vendita³⁵⁸.

Il concetto di *aliud pro alio*, come è stato autorevolmente sottolineato³⁵⁹, «è una escogitazione della pratica insoddisfatta delle tutele predisposte per il compratore con la normativa dei vizi e della mancanza di qualità, e rimasta inappagata anche dopo le illusioni

³⁵⁵ Alla «vendita dei beni di consumo» è intitolato il capo 1-bis, sebbene attenta dottrina (DE NOVA, in ALPA, DE NOVA e AA., *L'acquisto di beni di consumo*, Milano 2002, sub art. 1519-bis, 17; LUMINOSO, *La compravendita*, 3a ed., Torino 2003, 301) correttamente segnali come sarebbe più corretto parlare di « vendita di beni mobili al consumatore » visto che non sono le caratteristiche del bene ad attrarre la vendita nell'ambito della nuova disciplina, bensì le qualità dei contraenti e in principal modo quella di « consumatore », che peraltro - sempre secondo questo autore - sarebbe da intendersi nel medesimo senso che in altre precedenti discipline (sulla nozione di consumatore, v. ora ampliamente E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2003, 1152 ss.).

³⁵⁶ Cfr. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *Scritti sui contratti*, Padova 1998, 139 ss.; E. GABRIELLI, *Tipo contrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma 2000, e ora in ID., *Studi sui contratti*, Torino 2000, 701 ss.

³⁵⁷ Secondo ZACCARIA, DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, Padova 2002, 4, il riferimento a « taluni aspetti » non avrebbe valore precettivo, ma servirebbe soltanto a chiarire che la vendita di beni di consumo e le relative garanzie non si trovano integralmente disciplinati nel paragrafo loro specificamente dedicato, cosa di cui, peraltro, secondo gli autori, nessuno avrebbe mai potuto dubitare.

³⁵⁸ Sul tema si v. anche *retro*, cap. 10.

suscitate dal passaggio dal vecchio al codice vigente», così che, per rimediare alla carenza di tutela o alla difficoltà (dettata dai ristretti termini di decadenza e di prescrizione delle azioni edilizie) di una tutela più ampia (e comunque più prolungata nel tempo) del compratore, la giurisprudenza ha con orientamento costante e consolidato nel tempo operato una triplice ripartizione e distinzione formale tra le fattispecie di « violazione » del contratto di vendita³⁶⁰.

Il «vizio redibitorio» di cui all'art. 1490 c.c., che ricorre quando la cosa consegnata al compratore presenti imperfezioni concernenti il processo di produzione, fabbricazione o conservazione, che la rendano inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore; la « mancanza di qualità » ex art. 1497 c.c., che si ha quando la cosa consegnata appartenga ad un tipo o ad una specie diversa da quella dovuta; la consegna di cosa diversa (c.d. *aliud pro alio datum*).

L'ultima fattispecie, che dà luogo all'ordinaria azione contrattuale di risoluzione o di adempimento ex art. 1453 c.c., svincolata quindi dai più brevi termini di decadenza e prescrizione cui sono soggette le azioni ex art. 1490 e 1497 c.c., secondo la ricorrente definizione della nostra Corte suprema si ha quando la *res* tradita sia completamente diversa da quella pattuita, in quanto, appartenendo a un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidonea ad assolvere alla destinazione economico-sociale della *res* venduta e, quindi, a soddisfare in concreto i bisogni che determinarono l'acquirente ad effettuare l'acquisto, così degradando in un oggetto diverso da quello pattuito³⁶¹.

D'altro canto la ricordata distinzione, come peraltro ogni distinzione tra fenomeni diversi ma contigui, se agevole sul piano concettuale, ha suscitato numerose ed articolate riflessioni sui concreti criteri di individuazione dell'*aliud pro alio*, dato che, in ragione della varietà e variabilità delle situazioni dettate dalla realtà dei traffici e delle negoziazioni

³⁵⁹RESCIGNO, Presentazione a E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli 1987.

³⁶⁰ Volutamente si impiega qui il termine neutro di «violazione», per non entrare nel merito del dibattito sulla natura delle garanzie, nonché sui rapporti tra queste e la responsabilità per inadempimento (sul punto v., in generale, LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 210 ss.). Tale discussione - già svolta con riguardo alla Convenzione di Vienna del 1980 (concludendosi per lo più in dottrina nel senso del superamento del sistema delle garanzie in favore del regime dell'obbligazione e della responsabilità per suo inadempimento) - è stata di recente ripresa proprio in occasione della introduzione della nuova disciplina sulla vendita di beni di consumo, segnatamente con riguardo alla previsione a carico del venditore di un « obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita » (art. 1519-ter, comma 1), dibattendosi altresì, là dove si optasse per il superamento del sistema delle garanzie, sul contenuto di siffatta obbligazione, se «di conformità» o «di consegnare beni conformi»: su questi aspetti cfr., in particolare, AMADIO, *La conformità al contratto tra garanzia e responsabilità*, in *Contratto impresa Eur.*, 2001, 2 ss.; ID., *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 863 ss.; DI MAIO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 1 ss.; LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contratto impresa Eur.*, 2001, 83 SS.; ID., *La compravendita*, cit., 320 ss.; NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 525 ss.

³⁶¹ In parte della dottrina sembra ancora prospettarsi, sebbene timidamente, anche con riguardo alla vendita di beni di consumo, il tentativo di distinguere a fini disciplinari all'interno della categoria dell' *aliud pro alio* alcune ipotesi «più estreme» o «radicali» di *aliud* che sussisterebbero tutte le volte in cui si abbia consegna di cosa totalmente diversa (v., ad esempio, LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, cit., 105).

commerciali, è di frequente assai arduo stabilire quando ricorra l'una o l'altra ipotesi e quindi applicare in concreto le formule mediante le quali la distinzione tra le diverse fattispecie è stata teorizzata.

Sul piano dogmatico la consegna di *aliud pro alio* rappresenta una mancata realizzazione del programma negoziale costruito dalle parti nella singola e concreta operazione economica³⁶², poiché la consegna di un bene diverso da quello contrattualmente descritto e dovuto impedisce che si realizzi la funzione concreta del contratto.

Il criterio di individuazione della «diversità» deve essere allora quello che, mediante l'analisi della descrizione dell'oggetto del contratto, al fine di individuare ed identificare la *res* contrattualmente dovuta, operi - attraverso il giudizio di conformità tra *res* dovuta e *res* tradita - un confronto e un controllo tra i termini dell'originario assetto di interessi e la realizzazione in concreto del programma negoziale³⁶³.

Nella prospettiva che, per l'individuazione dell'*aliud pro alio datum*, fa capo all'interpretazione del negozio e al controllo sulla realizzazione della sua funzione, occorre quindi distinguere tra negozi che, a causa della consegna della *res*, non realizzano la funzione programmata e negozi che invece realizzano una funzione diversa, poiché soltanto nel primo caso si è in presenza di un'ipotesi di consegna di cosa diversa. Nella seconda ipotesi infatti la funzione concreta, seppure in misura o con modalità diversa da quella programmata, si realizza comunque, e quindi si è al di fuori della violazione in senso proprio dell'originario programma negoziale.

Nella linea costruttiva che riconduce all'interpretazione del negozio il significato della diversità dell'attribuzione traslativa, ai fini del controllo sulla funzione concreta, è comunque possibile enucleare alcune direttive che, tenendo conto delle caratteristiche e della natura dei singoli rapporti siano in grado di rappresentare degli indici tendenziali di valutazione del programma negoziale e, conseguentemente, di individuazione della diversità della cosa consegnata³⁶⁴.

A fronte di questa tripartizione, tra vizi, mancanza di qualità e, appunto, *aliud pro alio*, presente nella vendita in generale, si pone, nella vendita di beni di consumo, una nozione dai contorni ancora da definire, quella di « difetto di conformità », che però, a prima vista,

³⁶² GABRIELLI E., *La consegna di cosa diversa*, cit., 108 ss.; nello stesso senso, cfr. ora BIANCA C.M., *Postilla (al saggio di S. Patti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 629.

³⁶³) Cfr. GABRIELLI E., *La consegna di cosa diversa*, cit., specialmente 142 ss.; nello stesso senso, cfr. ora CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 2° ed., Torino 2000, 28.

³⁶⁴ Tali indici, unitamente alle tecniche di interpretazione del contratto (quale, ad esempio, il principio di buona fede *in executivis*), possono isolatamente o unitariamente far capo, di volta in volta, al confronto tra prezzo pattuito e prezzo di mercato; al costo della riparazione o della modificazione per l'uso e la destinazione della cosa; alla natura della cosa e al modo della sua utilizzazione, alla qualità delle parti nella concreta vicenda attuativa del rapporto (cfr. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, cit., 171 ss.).

potrebbe apparire idonea ad inglobare tutte le diverse ipotesi di inadempimento della vendita, e dunque non solo la consegna di cosa viziata o priva di qualità, ma anche la consegna di cosa diversa da quella contrattualmente dovuta.

Secondo infatti l'art. 1519-ter c.c., il venditore è obbligato a consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita³⁶⁵. Ai sensi del comma 2 dell'art. 1519-ter, si presume che i beni siano conformi allorché: a) siano idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo; b) siano conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedano le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello; c) presentino le qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo; d) siano idonei all'uso particolare voluto dal consumatore, da questi portato alla conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e dal venditore accettato.

L'art. 1519-quater individua invece i rimedi a disposizione del consumatore per il caso di difetto di conformità. Il consumatore ha la possibilità di scegliere tra riparazione o sostituzione (rimedi tesi, nelle parole del legislatore, a soddisfare il diritto del consumatore al ripristino), a meno che uno di essi non risulti impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all'altro (art. 1519-quater, comma 3); la congrua riduzione del prezzo o la risoluzione possono invece essere domandati solo in via sussidiaria o successiva, quando cioè il ripristino non possa essere ottenuto (perché impossibile o eccessivamente oneroso) o non abbia soddisfatto il consumatore (art. 1519-quater, comma 7).

Ai sensi quindi dell'art. 1519-sexies, comma 2, il consumatore deve a pena di decadenza denunciare al venditore il difetto di conformità entro due mesi dalla scoperta del difetto; mentre l'azione si prescrive in ventisei mesi dalla consegna del bene (art. 1519-sexies, comma 4).

Rispetto a queste nuove disposizioni si è dunque aperto in dottrina un dibattito sull'inquadramento e sulla disciplina dell'*aliud pro alio* nella vendita di beni di consumo, ovvero se esso costituisca o no un «difetto di conformità», se esso sia stato assorbito dall'ampia e onnicomprensiva nozione di difetto di conformità e conseguentemente sottoposto alle regole applicabili a quest'ultima, oppure se esso rimanga autonomo dai

³⁶⁵ Va ricordato che (come peraltro già prospettato nella ricostruzione sistematica della fattispecie dell'*aliud pro alio* nei negozi giuridici: cfr. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, cit., 8 ss.), per espressa volontà del legislatore, oggi, la disciplina delle garanzie (e conseguentemente il problema della distinzione tra *aliud pro alio* e difetto di conformità) non si applica solo alla vendita ma anche alla permuta, alla somministrazione, all'appalto, al contratto d'opera e a « tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre » (art. 1519-bis, comma 1, c.c.). Al riguardo qualcuno (DE NOVA, *op. cit.*, 17) segnala come il legislatore abbia impiegato la tecnica di legiferare non già per tipo contrattuale, bensì per gruppo di contratti; altrove si è sostenuto che questa tecnica legislativa trova fondamento nell'esigenza di tutelare il consumatore coinvolto con professionisti in determinati tipi di operazioni economiche al di là dei rilievi formali attinenti al tipo di contratto impiegato per realizzare quella data operazione economica (cfr. GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 93 ss.). Per un'approfondita

difetti di conformità e pertanto disciplinato dalle norme generali sull'inadempimento delle obbligazioni in contratti a prestazioni corrispettive³⁶⁶.

La questione non è di scarsa rilevanza pratica, posto che se l'*aliud* fosse un difetto di conformità la sua emersione quale forma di inadempimento sarebbe condizionata alle regole sulla « presunzione » di cui all'art. 1519-ter e ai termini di cui all'art. 1519-sexies; mentre la tutela dell'acquirente-consumatore seguirebbe le prescrizioni dell'art. 1519-quater dove i rimedi sono tra di loro gerarchicamente ordinati.

La tesi dell'assorbimento dell'*aliud* nel difetto di conformità, secondo una certa prospettiva, troverebbe fondamento nella nozione unitaria e onnicomprensiva di difetto di conformità.

Nell'ambito di questo orientamento, taluno in dottrina (seppur con riguardo alla direttiva, prima della sua attuazione) muove dalla nozione unitaria di «non conformità» o di «difetto di conformità», in cui sarebbero attratte tutte le ipotesi prima eventualmente differenziate (vizio occulto, mancanza di qualità, *aliud pro alio*), ed opera un collegamento con la nozione, anch'essa ritenuta unitaria, di « non conformità » di cui all'art. 35 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale, concludendo nel senso che « il giurista italiano dovrà dunque dimenticare definitivamente la figura dell'*aliud pro alio* »³⁶⁷.

Questa tesi non pare a dire il vero adeguatamente motivata, perché i suoi sostenitori si limitano a richiamare, postulandola sulla base di una mera argomentazione nominalistica (peraltro contraddetta, sullo stesso terreno argomentativo, dalla considerazione che la nozione di « non conformità » non equivale sul piano formale a quella di « diversità »), la natura onnicomprensiva della categoria del difetto di conformità, della quale tuttavia non si fanno carico di indicare la consistenza normativa, oppure si rifanno esclusivamente ad argomenti di natura teleologica (peraltro facilmente controvertibili), dimenticando il significato, anche in termini applicativi, del dato normativo.

Ciò che questa tesi non spiega è proprio il concetto fondamentale che andrebbe dimostrato, e cioè l'unitarietà della nozione di difetto di conformità, anche considerando che l'invocato «precedente» della vendita internazionale non solo non è stato anch'esso univocamente interpretato, sussistendo in dottrina autorevoli voci contrarie all'inclusione della consegna

analisi delle fattispecie contrattuali incluse nella disciplina di cui agli art. 1519-bis ss., cfr. ZACCARIA, DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., 8 ss.

³⁶⁶ La dottrina si è anche chiesta se possano costituire difetto di conformità i vizi giuridici della cosa. La risposta, sulla scia peraltro di un'impostazione tradizionale (cfr. GABRIELLI E., *Evizione, garanzia e la teoria dei vizi del diritto*, in *Studi sui contratti*, cit., 105 ss.), è stata per lo più negativa (cfr., tra gli altri, DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova 2000, 128 ss.; Luminoso, *La compravendita*, cit., 308 ss.; ZACCARIA, DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., 39 s.; Leo, in ALPA, DE NOVA e a., *L'acquisto di beni di consumo*, cit., sub art. 1519-ter, 22).

³⁶⁷ Bin, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contratto impresa Eur.*, 2000, 405 ss.; ID., *La non conformità dei beni nella Convenzione di*

di cosa totalmente diversa nella nozione di « non conformità »³⁶⁸, ma riguarda altresì una disciplina che ha pretese di generalità e non già circoscritta, com'è quella sulla vendita di beni di consumo, a « taluni aspetti » della fattispecie contrattuale.

Il nucleo della tesi proposta da altra dottrina, per approdare pur sempre all'assorbimento dell'*aliud pro alio* nel difetto di conformità, sta invece nell'idea che il difetto di conformità sia un inadempimento, e che dunque la disciplina sia disciplina contro l'inadempimento contrattuale. Se così è - si osserva -, non sarebbe possibile « invocare una disciplina diversa per una fattispecie d'inadempimento che risulta espressamente disciplinata, nella materia in esame, come mancanza di conformità. La norma speciale, dettata per la vendita tra professionista e consumatore, prevale su quella generale, che contempla secondo il diritto vigente, la distinzione tra vizi e (*aliud pro alio datum*) inadempimento »³⁶⁹.

Nell'opinione di questa dottrina, d'altronde, la soggezione del compratore, anche in caso di *aliud*, all'onere di denuncia (peraltro sufficientemente ampio, dato che è pari a due mesi dalla scoperta del difetto) sarebbe giustificata sia in termini di certezza e razionalità del sistema della garanzia, e dunque di efficienza dei traffici, sia per il fatto di prevenire possibili abusi da parte del compratore il quale trattenga la merce, la usi, e decida di agire contro il venditore dopo un periodo di tempo piuttosto lungo. In definitiva, sarebbe tenuto a denunciare il « difetto » il compratore che avesse acquistato una Jaguar e a cui venisse invece consegnato un gattino³⁷⁰.

Queste ultime notazioni non sono decisive perché l'una attiene esclusivamente a considerazioni di politica del diritto, peraltro facilmente ribaltabili sottolineando - come fatto in precedenza - che sono proprio gli obiettivi di protezione del consumatore che il legislatore comunitario ha inteso realizzare (e che sarebbero frustrati dall'onere di denuncia, cui - deve ricordarsi - non sarebbe soggetto il compratore non consumatore); mentre l'altra è superata dall'obiezione secondo cui il comportamento del compratore che riceva e usi la merce non può essere « sanzionato » con la perdita dei rimedi contro l'inadempimento, bensì tutt'al più valutato quale fonte di possibile responsabilità (o concorso di responsabilità) o più radicalmente come accettazione della prestazione diversa

Vienna sulla vendita internazionale, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 755 ss., dove si concludeva per la unitarietà della nozione di « non conformità ». In senso conforme, ZACCARIA, DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., 38; LEO, *op. cit.*, 22.

³⁶⁸ Cfr., infatti, BIANCA C.M., in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili* a cura di BIANCA C.M., in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, sub art. 35, 147, il quale - sebbene prima parli di nozione unitaria comprensiva anche dell'*aliud pro alio* - precisa poi che « né il testo della Convenzione né le esigenze del commercio internazionale impongono di ravvisare una consegna inesatta anche quando ciò che è stato consegnato non ha niente in comune con quanto previsto dal contratto »; secondo l'autore non v'è dunque « inesatta esecuzione » quando « i beni consegnati sono totalmente diversi da quelli dovuti ».

³⁶⁹ PATTI, *Sul superamento della distinzione tra vizi e aliud pro alio datum nella direttiva 1999/144/CE*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 11, 624

ss.

³⁷⁰ E' l'esempio fatto da PATTI, *op. cit.*, 626, per motivare come anche l'*aliud* di più grave entità sia da considerarsi un « difetto ».

che il venditore abbia eseguito: ma con ciò, come può notarsi, ci si sposta su un piano diverso da quello di partenza.

Più in generale, non convince l'ipotesi da cui questa ricostruzione prende le mosse, cioè a dire che, ritenuto (ma il punto è peraltro contrastato) che la nuova disciplina abbia regolato l'inadempimento (in senso tecnico) del contratto di vendita di beni di consumo abbandonando il sistema delle garanzie, non sarebbe più corretto considerare autonomamente l'*aliud pro alio*. E' vero piuttosto che l'inadempimento non è mai in sé unitario, ben potendo avere delle caratteristiche (tardivo, grave, parziale ecc.) che ne giustificano, come effettivamente accade nel sistema del codice civile, un trattamento normativo differenziato a seconda delle qualificazioni³⁷¹. Niente esclude dunque che anche i « difetti di conformità » possano essere più o meno gravi e di ciò, come diremo, abbia potuto tenere conto il legislatore nel disciplinare la fattispecie.

Sebbene nessun commentatore della nuova disciplina affermi espressamente che l'*aliud pro alio* sia fattispecie autonoma di violazione del contratto anche nell'ambito delle vendite ai consumatori³⁷², esiste però un orientamento diretto o a rendere comunque applicabile a queste ultime la tradizionale disciplina dell'*aliud* o ad escludere (se non l'onnicomprensività della nozione, quanto meno) la generale applicabilità della disciplina sul difetto di conformità.

Quanto alla prima posizione, si è ritenuto che gli aspetti negativi della natura unitaria e onnicomprensiva della nozione di difetto di conformità sarebbero aggirati dal fatto che, in base all'art. 1519-nonies (secondo cui: « le disposizioni del presente paragrafo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico »), potrebbe comunque applicarsi all'*aliud* la disciplina generale sull'inadempimento perché più favorevole per il consumatore³⁷³.

Questa teoria approda ad una conclusione, apprezzabile nel merito, ma sicuramente contraddittoria rispetto alle premesse da cui muove. Infatti - una volta riconosciuta l'autonomia disciplinare dell'*aliud* rispetto agli altri difetti -, ha poco senso postulare ancora l'onnicomprensività della categoria del difetto di conformità.

³⁷¹ Per tale metodo di analisi dell'inadempimento contrattuale, cfr. GIORGIANNI, *Inadempimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano 1970, 860 ss.

³⁷² Fa eccezione DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit., 20, che però non motiva la sua affermazione.

³⁷³ Cfr. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 312 ss., modificando dunque in parte quanto dallo stesso autore sostenuto in sede di commento della direttiva. Cfr. ID., *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, cit., 115.

Quanto alla seconda posizione, si è sostenuto che sarebbe privo di qualsiasi giustificazione, anzi irrazionale, esporre il compratore al pericolo di perdere tutti i rimedi per il fatto di non aver denunciato un inadempimento che il venditore non poteva non conoscere e che per la sua manifesta evidenza non è suscettibile di contestazioni né richiede tempestive verifiche di accertamento³⁷⁴. L'onere di denuncia, infatti, ha senso solo per i vizi e la mancanza di qualità³⁷⁵. Anche se - si prosegue - l'omesso o ritardato avviso da parte del compratore circa la diversità della cosa potrebbe essere valutato come comportamento contrario a correttezza ed incidere sull'entità del risarcimento ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.³⁷⁶. Definitiva poi appare la lettera dell'art. 1519-nonies che deve essere letta nel senso di non autorizzare una limitazione dei diritti del consumatore rispetto a quelli spettanti al compratore ordinario, cioè non consumatore³⁷⁷.

Un'altra dottrina, pur operando all'interno della categoria del difetto di conformità, giunge ad affermare che « la nozione di non conformità è, soltanto all'apparenza, unitaria ed univoca »; sarebbero state riconosciute dalla direttiva comunitaria ipotesi più o meno gravi di difetto di conformità, come peraltro dimostrato dalla previsione di una pluralità di rimedi; in particolare, la risoluzione sarebbe il rimedio pensato dal legislatore comunitario per il difetto di conformità più grave, cioè l'*aliud pro alio*; dunque il criterio dell'*aliud* non sarebbe affatto estraneo alla direttiva³⁷⁸. Peraltro - si conclude - ai sensi dell'art. 8, comma 1, della direttiva (secondo cui: « l'esercizio dei diritti riconosciuti dalla presente direttiva lascia impregiudicato l'esercizio di altri diritti di cui il consumatore può avvalersi in forza delle norme nazionali relative alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale »), il consumatore potrebbe, in caso di *aliud*, avvalersi anche delle norme nazionali e dunque dell'ordinaria azione di risoluzione per inadempimento³⁷⁹.

Nonostante gli sforzi di svincolare l'*aliud pro alio* dalla disciplina del difetto di conformità siano meritevoli di approvazione, sembra però che allo stesso risultato possa e debba giungersi in modo più diretto, dimostrando cioè l'autonomia dell' *aliud* già a livello di fattispecie.

Tale autonomia si ricostruisce non solo sulla base degli argomenti di natura sistematica (la vendita di beni di consumo come sottotipo della vendita) e teleologica (la tutela del

³⁷⁴ In tal senso BIANCA C.M., *Consegna di aliud pro alio*, cit., 18 ss.

³⁷⁵ Cfr. BIANCA C.M., *Postilla (al saggio di S. Patti)*, cit., 629.

³⁷⁶ BIANCA C.M., *Consegna di aliud pro alio*, cit., 21 s.

³⁷⁷ BIANCA C.M., *Op. ult. cit.*, 631. MANIACI, in ALPA, De NOVA e a., *L'acquisto di beni di consumo*, cit., sub art. 1519-nonies, 99 s., fonda proprio su tale norma il proprio convincimento circa la sopravvivenza dell'*aliud pro alio datum* e della sua disciplina.

³⁷⁸ FERRI G.B., *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni al consumo*, in *Contratto impresa Eur.*, 2001, 76 s.

³⁷⁹ FERRI G.B., *op. cit.*, 77.

consumatore e del mercato come obiettivo precipuo del legislatore comunitario) già svolti in precedenza, ma anche sulla base dell'analisi della disciplina dettata dal legislatore da cui emergono numerosi suoi profili di incompatibilità con la fattispecie dell'*aliud pro alio*.

Coloro che includono l'*aliud pro alio* nel difetto di conformità non considerano che l'*aliud pro alio* rappresenta una forma di violazione del contratto tale per cui esso non può assolutamente realizzare la propria concreta funzione economica, e non già semplicemente un vizio nella misura della funzione di scambio³⁸⁰. In ciò, quale mancata realizzazione del programma negoziale³⁸¹, l'*aliud pro alio* sul piano della disciplina è soggetto allo stesso regolamento della mancata consegna della *res*, con l'unica variante di natura interpretativa dettata dalla circostanza che la fattispecie pone nella prassi il problema di un regolamento di confini con le ipotesi della consegna di cosa viziata o priva di qualità (ovvero ora, nella vendita di beni di consumo, «non conforme»).

La descrizione della nozione del difetto di conformità negli art. 1519-bis ss. sembra invece indicare con una certa chiarezza come l'ipotesi prospettata dal legislatore sia quella di una violazione del contratto che non rende la funzione del contratto irrealizzabile, ma comunque realizzabile seppure in misura diversa e minore da quanto prospettato dalle parti. Il che non avviene nel caso dell'*aliud*: l'incompatibilità appare evidente facendo riferimento all'art. 1519-quater sui rimedi a disposizione del consumatore³⁸².

L'alternativa tra riparazione e sostituzione, su scelta del consumatore, assume infatti significato solo ove la violazione in questione non sia un *aliud*, dal momento che il rimedio della riparazione non può ontologicamente estendersi all'*aliud pro alio*, dato che non è possibile riparare qualcosa di diverso.

L'art. 1519-quater, inoltre, non fornisce risposta all'interesse principale del consumatore cui sia consegnata cosa diversa, cioè di ottenere quella prestazione a lui dovuta, ossia di avere tutela specifica del suo interesse contrattuale. Infatti, il rimedio della sostituzione, che alla soddisfazione di tale interesse potrebbe ritenersi destinato (per quanto è dubbio in dottrina a quale forma di tutela ricondurre questo rimedio, se alla tutela restitutoria o a quella soddisfattoria ovvero in forma specifica³⁸³) non può essere concesso se è eccessivamente oneroso (cfr. art. 1519-quater, commi 3 e 7, lett. a), ed in tal caso pertanto il consumatore-compratore non potrà che chiedere la riparazione (che come detto non ha alcun significato

³⁸⁰ Cfr. E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, cit., 149, 173 s.

³⁸¹ Cfr. E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, cit., 108.

³⁸² Per un'ampia analisi dei rimedi a disposizione del consumatore a seconda delle fattispecie di inadempimento, cfr. ZACCARIA. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., 70 ss.

³⁸³ Per il relativo dibattito, cfr. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 339 ss.

in caso di *aliud pro alio*), ovvero la risoluzione o la riduzione del prezzo (ma per quest'ultimo rimedio in caso di *aliud* valgono le stesse considerazioni già svolte in ordine al rimedio della riparazione).

Il vero è che il sistema rimediale di cui all'art. 1519-*quater* è ispirato da un lato alla concessione di maggiori rimedi al compratore³⁸⁴, concessione che però non ha senso in caso di inadempimento totale, in ragione dell'art. 1453 che già consente al compratore di soddisfare i suoi diversi interessi (sia allo scioglimento, sia all'adempimento), ma lo ha soltanto in caso di inadempimento inesatto posta l'impossibilità alla stregua del regime delle garanzie di agire per l'esatto adempimento della prestazione; dall'altro, alla conservazione del rapporto, che non può considerarsi un valido obiettivo legislativo quando l'inadempimento assuma la forma dell'*aliud pro alio*.

Incompatibile con l'*aliud pro alio* è anche l'imposizione di termini al consumatore per rilevare il « difetto ».

Non v'è infatti necessità di tutelare il consumatore posto che la sua mancata reazione alla consegna di cosa diversa non potrebbe essere considerata come acquiescenza, stante proprio la diversità; né v'è necessità di tutelare l'affidamento del venditore che dovrebbe sapere della diversità, e comunque tale affidamento ben potrebbe essere salvaguardato imponendo al consumatore, sulla base della buona fede, un obbligo di avviso circa la diversità della cosa.

Incompatibile con l'*aliud pro alio* sembra infine anche l'art. 1519-*quinquies* (che disciplina il diritto di regresso del venditore finale nei confronti di precedenti venditori cui sia imputabile il difetto di conformità), dal momento che solo al diretto contraente del consumatore potrebbe nella realtà essere imputabile la consegna di cosa diversa.

In conclusione, se da un lato è possibile prevedere che, proprio grazie alla nuova nozione di difetto di conformità e alla sua disciplina particolarmente protettiva, la giurisprudenza tenderà a « restringere » l'area di applicazione della disciplina della consegna di cosa diversa, escludendo dal suo ambito alcune fattispecie concrete ad esso ricondotte spesso soltanto per ampliare la tutela del compratore³⁸⁵; dall'altro lato, solo con notevoli

³⁸⁴ In tale prospettiva trova spiegazione anche il problema della disciplina da applicare, per quanto concerne i termini di cui all'art. 1519-*sexies*, all'ipotesi in cui, successivamente all'attivazione della garanzia mediante il rimedio della sostituzione o della riparazione del bene, anche il nuovo bene presenti un difetto di conformità. Ci si chiede infatti se anche al nuovo bene (consegnato in sostituzione di quello non conforme, ovvero oggetto della riparazione) debbano essere applicati i termini di cui all'art. 1519-*sexies*, oppure se tali termini risultino preclusi, ovvero ridotti. La complessiva valutazione del sistema dei rimedi apprestati a tutela del consumatore, che vede nel suo profilo temporale come termine di più prolungata tutela quello dei ventisei mesi (art. 1519-*sexies*), induce a ritenere che al nuovo bene non possa essere riconosciuto un periodo di garanzia superiore nel tempo a quello che - al momento della sostituzione, ovvero della riparazione, del bene non conforme con quello nuovo o riparato - sarebbe comunque residuo al compratore se non fossero stati attuati i rimedi previsti dalla legge (sostituzione o riparazione) a seguito della denuncia del difetto di conformità.

³⁸⁵ Lo rileva anche CABELLA PISU, *loc. ult. cit.*

forzature interpretative è possibile sostenere che l'*aliud pro alio* risulti ora considerato e disciplinato, nella vendita di beni di consumo, quale ipotesi di difetto di conformità³⁸⁶.

Pertanto, la natura onnicomprensiva della nozione di difetto di conformità va esclusa, mentre è corretto affermare che, nonostante la nuova normativa, il diritto « comune » dei contratti disciplina la consegna di cosa diversa, anche quando questa si realizzi nell'ambito di una vendita ai consumatori.

11. Conclusioni

Le conclusioni stilate nel corso della redazione del presente lavoro erano orientate in senso critico nei confronti del legislatore, reo di non aver provveduto alla creazione di un *corpus* unitario ed uniforme di norme in materia di garanzia. L'inserimento originario all'interno del codice civile suscitava diverse perplessità, essenzialmente perché la novella era stata posta all'interno di un tipo contrattuale³⁸⁷. L'opzione sistematica compiuta sembrava introdurre la “vendita dei beni di consumo” all'interno dello schema generale tipo/sottotipo, atteso che essa sarebbe un sottotipo della vendita di beni mobili, a sua volta sottotipo del contratto di compravendita in generale.

Diretta conseguenza è quella per cui il recepimento della nuova disciplina, con le sue modalità, contribuiva a creare una serie di problemi interpretativi derivanti dal fatto che, una volta ritenuta non applicabile per l'operare delle limitazioni di carattere soggettivo ed oggettivo la normativa contenuta negli articoli 1519-bis ss. cod. civ., troverebbe diretta estensione quella generale sulla vendita di beni mobili e, poi quella, ancora più generale, della vendita *tout court*. La detta scelta non faceva altro che acuire le questioni interpretative strettamente connesse alle relazioni tra i differenti tipi di vendita regolati dal nostro codice civile, sottoponendo l'interprete al dovere di stabilire i limiti tra “vendita di beni di consumo”, “vendita di beni mobili”, “vendita in generale” o, meglio, in quali precise ipotesi sia consentito ricorrere ai diritti che le nuove disposizioni rendono esercitabili.

Ciò premesso le “originarie” conclusioni contenevano il suggerimento per una riflessione approfondita circa la reale prospettiva di un progetto unificatore in materia di garanzia,

³⁸⁶ È da osservare che la conclusione cui si è giunti risulta fondata sia che si ritenga che la nuova disciplina abbia introdotto un'obbligazione (in senso tecnico) di conformità (dal momento che l'*aliud* costituisce una particolare forma di inadempimento, che può essere sottoposta ad un particolare regime), sia che si opti invece per la più tradizionale versione della garanzia (dacché allora è evidente che l'*aliud* costituisce inadempimento e non già violazione di garanzia).

idoneo a superare le questioni che le catalogazioni della nuova disciplina, rispettivamente, nel binomio tipo/sottotipo o nello schema di una vendita speciale, portano all'attenzione dell'interprete.

Il 23 ottobre 2005 è entrato in vigore il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ovvero il Codice del Consumo, emanato nell'ambito di un generale disegno di semplificazione e di riassetto normativo che trova origine nell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229, con il quale è stata demandata al Governo l'emanazione di un decreto legislativo contenente una "sistemazione" delle numerose disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori e per lo più contenute nella legislazione speciale emanata in ossequio ai numerosi interventi del legislatore comunitario. Al riguardo già l'art. 15, comma 2, del D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185 (sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza) ricordava l'esigenza di un testo unico di coordinamento con il D.Lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 (vendita fuori dei locali commerciali) e con gli artt. 18 e 19 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (rispettivamente dedicati alla vendita per corrispondenza, televisione ed altri sistemi di comunicazione ed alle vendite effettuate presso il domicilio dei consumatori).

La delega contenuta nell'art. 7 della legge n. 229/2003 dettava quattro principi per il suo esercizio:

- a) adeguamento della normativa alle disposizioni comunitarie ed agli accordi internazionali e articolazione della stessa allo scopo di armonizzarla e coordinarla, nonché di renderla strumento coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di tutela del consumatore previsti in sede internazionale;
- b) omogeneizzazione delle procedure relative al diritto di recesso del consumatore nelle diverse tipologie di contratto;
- c) conclusione, in materia di contratti a distanza, del regime di vigenza transitoria delle disposizioni più favorevoli per i consumatori, previste dall'art. 15 del D.Lgs. n. 185/1999, e rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite;
- d) coordinamento, delle procedure di composizione extragiudiziale delle controversie, dell'intervento delle associazioni per i consumatori, nel rispetto delle raccomandazioni della Commissione delle Comunità europee.

Sulla base del primo criterio – per la verità abbastanza scontato – il Governo ha ritenuto di poter operare non solo ad una mera compilazione di testi previgenti ma anche con maggiore libertà innovativa.

³⁸⁷ Cfr. F. ADDIS, *Tradizione e innovazione nella vendita di beni di consumo: unità e frammentazione nel sistema delle garanzie*, cit., p.

Il secondo criterio mirava ad eliminare la differenza dei termini di esercizio del diritto di recesso esistente tra il D.Lgs. n. 50/1992 (sette giorni) e il D.Lgs. n. 185/1999 (dieci giorni), soprattutto perché nella coordinazione tra i due decreti ha finito per prevalere, per esempio nella contrattazione su Internet – com'era doveroso – l'indicazione di maggior favore del consumatore, contenuta nel secondo decreto menzionato.

Il terzo criterio, più che indicare il termine delle disposizioni transitorie di cui al citato art. 15, comma 2, del D.Lgs. n. 185/1999, effetto del tutto automatico dal nuovo Codice, ha avuto l'effetto di indicare – quale fronte di lavoro – la tutela rispetto al fenomeno delle televendite.

Infine, il quarto criterio, opera nella direzione di rendere uniforme l'impiego di soluzioni extragiudiziali delle controversie, come già sviluppate dalle associazioni dei consumatori. Al riguardo, vale la pena di ricordare il ruolo che da tempo svolgono le Camere di commercio sulla conciliazione e l'arbitrato, ai sensi dell'art. 2, comma 2, della legge n. 580/1993.

Il Ministero delle attività produttive, nel novembre 2003, ha predisposto una bozza del decreto, più volte rimaneggiata che è stata approvata, in via preliminare, dal Consiglio dei Ministri nel mese di ottobre 2004³⁸⁸.

La bozza di detto decreto ha ricevuto il parere sostanzialmente favorevole della Conferenza unificata di cui all'art. 8 del D.Lgs. n. 281/1997, nella riunione del 16 dicembre 2004. Pareri in parte piuttosto critici sono stati invece espressi dal Consiglio di Stato³⁸⁹ e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato³⁹⁰.

In particolare, il Consiglio di Stato – nel segnalare ben settantatré correzioni di carattere formale – ha puntato l'attenzione sull'assenza nel Codice delle disposizioni in materia di clausole abusive e di quelle in tema di garanzie nella vendita di beni mobili. Tale assenza è stata considerata incongrua con la motivazione a suo tempo adottata dal Governo per l'inserimento di dette disposizioni (frutto del recepimento, rispettivamente, delle direttive 93/13/CEE e 99/44/CE) nel tessuto del codice civile. Allora, infatti, si sostenne che la scelta di operare sul codice civile era necessaria data l'assenza di una appropriata *sedes materiae*. L'omissione è parsa – dunque – immotivata soprattutto perché “ad avviso della

17 ss.

³⁸⁸ Per la fase preparatoria del codice del consumo v. L. DELOGU, *Anche in Italia un codice del consumo*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2003, p. 1349 ss.

³⁸⁹ Cons. Stato, Sez. cons., 20 dicembre 2004, n. 11602, pubblicato in *Foro it.*, 2005, III, c. 348 ss.

³⁹⁰ Autorità garante della concorrenza e del mercato, Parere 4 maggio 2005 (AS 299), *Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori – Codice del consumo*, in *Discipl. comm. e servizi*, 2005, p. 748 ss.

sezione – priva il codice in esame di alcune disposizioni fondamentali in tema di tutela del consumatore, incidendo sull’organicità della disciplina e impedendo un’accurata opera di raccordo tra dette norme e quelle collocate al di fuori del codice civile (si pensi all’indispensabile coordinamento tra le norme in materia di azioni delle associazioni dei consumatori, che permangono nell’art. 1469 sexies c.c. e quelle trasferite nel codice del consumatore)”.

A seguito di queste osservazioni, la bozza è stata corretta e modificata per inserirvi la disciplina delle clausole abusive e le garanzie nella vendita dei beni di consumo. Ne è seguita l’approvazione definitiva nella riunione del Consiglio dei Ministri del 14 luglio 2005 e la pubblicazione del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante “Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori - Codice del consumo, a norma dell’art. 7 della l. 29 luglio 2003, n. 229”.

Tale Codice, dopo una parte prima dedicata alle “Disposizioni generali”, nelle quali sono presentate le nozioni base della legge n. 281/1998, si dipana in ulteriori cinque parti a loro volta suddivise per comprendere 146 articoli.

La parte II (dedicata alla “Educazione, informazione e pubblicità”), contiene i seguenti previgenti testi normativi: la legge n. 126/91 (sull’informazione del consumatore, ed il regolamento attuativo di cui al D.M. n. 101/97); il D.Lgs. n. 84/2000 (sull’indicazione dei prezzi dei prodotti); il D.Lgs. n. 74/1992 (sulla pubblicità ingannevole e comparativa); la L. 39/2002 (sulle televendite).

La Parte III, intitolata “Il rapporto di consumo”, comprende, anzitutto, la disciplina «Dei contratti del consumatore in generale», ossia gli ex artt. da 1469-bis a 1469-sexies cod. civ. sulle clausole abusive. A seguire, dopo una disposizione di principio sulle regole di svolgimento delle attività commerciali, sono riunite: la disciplina del credito al consumo (D.Lgs. 63/2000), dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali (D.Lgs. n. 50/1992), dei contratti a distanza (D.Lgs. n. 185/1999). Le indicazioni sul diritto di recesso, le sanzioni ed il foro competente sono state uniformate.

La Parte III – dopo un rinvio al D.Lgs. n. 70/2003 – comprende il Titolo IV contenente “Disposizioni relative ai singoli contratti”, che racchiude la normativa sulla multiproprietà (D.Lgs. 427/1998) e i “pacchetti turistici” (D.Lgs. 111/1995). La Parte III si chiude con un articolo di rinvio alla tutela dei consumatori nell’erogazione di servizi pubblici.

La Parte IV riguarda la materia “Sicurezza e qualità” e comprende le regole sulla sicurezza dei prodotti (D.Lgs. n. 172/2004, che ha sostituito il D.Lgs. n. 115/1995), sulla

responsabilità del produttore (D.P.R. n. 224/1988). In detta Parte è stato inserito un Titolo (III) sulla «Garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo» (ex artt. 1519 bis ss. cod. civ.).

La Parte V concerne le associazioni dei consumatori e l'accesso alla giustizia. Quanto alle prime viene ribadito il meccanismo dell'elenco nazionale delle associazioni e della loro rappresentatività in seno al CNCU (Consiglio Nazionale Consumatori ed Utenti presso il Ministero delle Attività produttive). Quanto all'accesso alla giustizia, le associazioni dei consumatori presenti nell'elenco nazionale possono agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, non solo nelle discipline di cui al Codice del consumo ma anche con riferimento alle disposizioni legislative in materia:

- a) di esercizio di attività televisive (legge n. 223/1990 e legge n. 122/1998);
- b) di pubblicità di medicinali per uso umano (D.Lgs. n. 541/1992 e legge n. 362/1999).

Sulla composizione stragiudiziale delle controversie il Codice, all'art. 141, prevede che il consumatore ed il professionista possano avviare "procedure di composizione extragiudiziale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo, anche in via telematica". Fermo restando che il consumatore non può essere privato del diritto di adire il giudice (anche dopo aver svolto una procedura extragiudiziale), l'inserimento nei contratti di clausole che rinviano ad organi di composizione stragiudiziale non sono considerate vessatorie. Tali organi – ad esclusione di quelli attivati dalle Camere di commercio che si considerano per definizione idonei – sono quelli contenuti in un elenco tenuto dal Ministero delle attività produttive.

Il Codice si chiude con le «Disposizioni finali» (Parte VI) in cui, oltre alla irrinunciabilità dei diritti, ed alle competenze delle Regioni e delle Province autonome, sono indicate le disposizioni abrogate.

L'art. 144 generalizza (in parte, come vedremo) le previsioni in precedenza contenute nell'art. 11 del D.Lgs. n. 185/1999, stabilendo che i diritti garantiti al consumatore sono irrinunciabili ed è nulla ogni pattuizione in contrasto con quanto previsto dal Codice del consumo. Ribadire la previsione è opportuno per evitare che – mediante negoziazione tra le parti, per es. facendo leva sul prezzo o su altre condizioni contrattuali – la tutela possa essere compromessa.

L'articolo 144, al comma 2, prevede che qualora le parti abbiano convenuto di regolamentare il contratto sulla base di una legge diversa da quella italiana, "al

consumatore devono comunque essere riconosciute le condizioni minime di tutela previste dal presente Codice”.

Compiuto il superiore *excursus* si rileva che ad un primo esame la normativa merita apprezzamento in quanto si pone nel solco di quella ormai da tempo sentita esigenza di semplificazione della normativa che sfocia in operazioni di codificazione attraverso le quali «risistemare» la materia oggetto del «codice».

Inutile aggiungere il valore anche simbolico (e politico) di una siffatta operazione per i consociati, che possono trovare in un unico *corpus* tutta (o quasi) la disciplina che riguarda un certo ambito, contribuendo a quella conoscibilità della legislazione in grado, secondo i precetti costituzionali, di rimuovere gli ostacoli alla uguaglianza sostanziale tra i cittadini.

Con l’occasione, con il codice del consumo sono state eliminate alcune evidenti discrasie derivanti dalla successione delle diverse discipline (per lo più conseguenza di adempimenti agli obblighi di derivazione comunitaria) che hanno affastellato, in ogni dove, definizioni e regole, precedute dalla frase standard «ai fini del presente decreto ...» che complica la vita degli interpreti (e dei destinatari) del dettato normativo, soprattutto quando si susseguono, sullo stesso oggetto, indicazioni non perfettamente compatibili. Si pensi, per esempio, al rapporto – per nulla così cristallino – tra il D.Lgs. n. 50/1992, sulla vendita fuori dei locali commerciali, il D.Lgs. n. 185/1999 sulla vendita a distanza e il D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico.

Il dato certamente più positivo è l’aver finalmente dato la giusta attenzione alle istanze di tutela dei consumatori e delle loro associazioni, con particolare riferimento alle azioni inibitorie ed all’accesso alla giustizia, ovvero alla composizione delle controversie tramite meccanismi di conciliazione extragiudiziale.

Per altro verso ciò che colpisce alla lettura del Codice è la sensazione che il legislatore abbia perso la possibilità di compiere una vera e propria “operazione culturale” che poteva consistere nella creazione di un “vero” codice, ossia una struttura sistematica in cui le varie parti non si riducano ad un mero assemblaggio di “pezzi” di leggi e decreti.

Per esempio in tema di definizioni appare un vero e proprio errore concettuale definire “produttore” e “prodotto” non in senso esaustivo ma «fatto salvo quanto stabilito nell’art. 103, comma 1, lett. d) e nell’art. 115, comma 1 ...». Non si è avuto il coraggio di fare sistema, lasciando in piedi delle successive specifiche che poi finiscono per diventare specifiche delle specifiche. Allo stesso modo non si può non fare menzione delle definizioni di “prodotto” e di “produttore” ai fini dell’applicazione della disciplina della

responsabilità per danno da prodotto difettoso. Al contrario dell'art. 3 del DPR n. 224/1988, che definiva quale produttore il fabbricante del prodotto finito o di una sua componente, il produttore della materia prima, nonché per i prodotti agricoli del suolo e quelli dell'allevamento, della pesca e della caccia, rispettivamente l'agricoltore, l'allevatore, il pescatore ed il cacciatore, le definizioni che troviamo nel Codice del consumo (rispettivamente agli artt. 3, comma 1, lett. d); 103, comma 1, lett. d); 128, comma 2, lett. d)), non menzionano il produttore di un componente del prodotto finito ed il produttore della materia prima (come, invece era previsto nell'art. 3 comma 2, D.P.R. n. 224/1988). Manca anche l'estensione dell'agricoltore, dell'allevatore, del pescatore, del cacciatore al produttore, in aperto contrasto con quanto richiesto dalla direttiva comunitaria 99/34/CE. La stessa osservazione va riferita al prodotto laddove non risultano espressamente indicati, ai fini della responsabilità, i prodotti agricoli, di allevamento, della caccia e della pesca. L'esclusione costituisce una grave svista, posti i danni che, oggi, anche i prodotti agricoli (per es. quelli OGM) e dell'allevamento (si pensi alla c.d. febbre aviaria) sono fonti di rilevanti rischi per i consumatori.

Un altro errore imperdonabile è stato quello di mantenere separati i diversi ambiti anche quando sarebbe stata opportuna una scelta diversa.

Un primo ambito è quello sanzionatorio. Non si comprende perché non si sia pensato che fosse opportuno concepire un Titolo (o un capo) destinato alle sanzioni ed alla procedura sanzionatoria, laddove, con rinvio alle diverse fattispecie da sanzionare si sarebbe potuto graduare l'entità delle sanzioni medesime. Ci troviamo invece di fronte ad una serie di articoli scombinati che, nel loro incrocio, non rendono un buon servizio. Una riprova di questa confusione – in questo caso solo topografica – è testimoniata dalle disposizioni in tema di vendita fuori dei locali commerciali ed a distanza, laddove le disposizioni comuni, di cui all'art. 62, dedicato alle sanzioni, precede la sezione dedicata al «Diritto di recesso». Nessuna sanzione è prevista per i viaggi, le vacanze ed i circuiti “tutto compreso”, nonostante siano ben noti i problemi che sorgono in questo settore. Il D.Lgs. n. 111/1995 non prevede(va) alcun articolo rubricato “Sanzioni” e tale lacuna – immotivata – è rimasta negli artt. 82 e ss. del codice del consumo dedicati ai “Servizi turistici”.

Le mancanze dal punto di vista sistematico sono evidenti leggendo la parte IV del codice, dedicato a qualità e sicurezza. Il Titolo I riprende il D.Lgs. n. 172/2004 mentre il successivo Titolo II è la trasposizione codicistica del D.P.R. n. 224/1988. Orbene questa

era l'occasione giusta per integrare i due testi, o fondendoli ovvero delineando espressamente la relazione gerarchica o meno delle rispettive disposizioni.

A proposito di collegamenti tra le diverse parti, uno dei problemi evidenti sono le ipotesi in cui rinviare al codice civile. Anche in questo caso a problema analogo sono state date soluzioni diverse, senza motivo.

Il riferimento è al differente approccio che si è seguito per le clausole vessatorie e per le garanzie nella vendita dei beni di consumo, tematiche che, come detto, all'ultimo momento sono state inserite nel codice del consumo togliendole dal codice civile.

Nel primo caso si è ritenuto di mantenere nel codice civile un art. 1469-bis che recita: «Le disposizioni del presente Titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli al consumatore». Fa da pendant a questo articolo, l'art. 38 del codice del consumo che si premura di ricordare che «Per quanto non previsto dal codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile». L'argomento era evidentemente a cuore di qualcuno dei redattori, data l'attenzione ad esso riservato.

Nel secondo caso, invece, non si è ritenuto di mantenere alcun art. 1519-bis per effettuare il rinvio. Questa differenza non pare per nulla meditata, probabilmente per mancanza del tempo per una opportuna riflessione. Che le regole dei «contratti in generale» si applichino anche quando sono presenti i consumatori è talmente ovvio che non serve ricordarlo, a meno che non si immagini che il codice del consumo sia un codice di «categoria», provocando una scissione con l'unificazione (e l'unità) della codificazione civile.

Nel caso delle garanzie, al contrario, un rinvio era necessario non foss'altro per un dato evidente: la disciplina degli ex artt. 1519-bis ss. c.c. mutano radicalmente il sistema codicistico delle garanzie, per cui era doveroso indicare quali siano le conseguenze nell'aver ora deciso di inserire il tema delle garanzie nell'alveo del codice del consumo³⁹¹. Infine, qualche osservazione potrebbe essere svolta rispetto al tema dell'accesso alla giustizia dei consumatori, con riferimento all'introduzione della *class action*, nonché alla moltiplicazione dei «modelli» di conciliazione che imperversano in ogni dove. Sulla prima questione sarebbe una critica davvero ingenerosa, poiché – senza un intervento del legislatore – la delega conferita al Governo non avrebbe consentito di ampliare il codice su

³⁹¹ F. ADDIS, *Tradizione e innovazione nella vendita di beni di consumo: unità e frammentazione nel sistema delle garanzie*, cit., 323 ss

un tema così complesso e controverso. Si è però persa una buona occasione per fare un salto di qualità.

Va da sé poi che il “trasferimento” degli ex artt. 1519-bis ss. c.c. nel Codice del Consumo mantiene aperta la questione relativa al superamento delle nozioni di vizio, mancanza di qualità e *aliud pro alio* di cui si è detto nei capitoli 10 e 11.

Dott. Giuseppe Visalli