



**Università
degli Studi
di Ferrara**

**DOTTORATO DI RICERCA IN
"DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E ORDINAMENTI
NAZIONALI"**

CICLO XXXIV

COORDINATORE Prof. De Cristofaro Giovanni

**PROFILI DI RILEVANZA DELLA CONOSCENZA E DELLA CONOSCIBILITÀ
DEL DIFETTO DI CONFORMITÀ NELLE VENDITE MOBILIARI *B-TO-C*
*Dal Codice civile italiano alla Direttiva (UE) 2019/771***

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Dottoranda

Dott.ssa Dianin Marilina

(firma)

Tutore

Prof. De Cristofaro Giovanni

(firma)

Anni 2018/2021

INDICE SOMMARIO

<i>INTRODUZIONE</i>	1
---------------------------	---

CAPITOLO PRIMO

LA RILEVANZA GIURIDICA DELLA CONOSCENZA E CONOSCIBILITÀ DEL DIFETTO NELLA COSA VENDUTA: DISCIPLINE NAZIONALI, DIRITTO INTERNAZIONALE E NORMATIVA UE

1. Introduzione alla disciplina del difetto di conformità del bene al contratto nella Direttiva 1999/44/CE: la rilevanza degli stati soggettivi del consumatore.....	7
2. Il principio di esclusione della responsabilità del venditore per i vizi a fronte della conoscenza o conoscibilità del difetto, da parte del compratore, come principio di carattere generale	12
3. La soluzione accolta nel diritto romano. L'assenza di tutela del compratore per i vizi nel bene venduto: il principio " <i>caveat emptor</i> " e gli accordi pattizi in ordine alle qualità del bene	14
3.1. Le azioni edilizie nel diritto romano: il rilievo della conoscenza e della apparenza del vizio	16
3.2. Un confronto tra i principi del diritto romano e la disciplina in tema di garanzia per vizi dettata dal codice civile italiano del 1942.....	19
4. Il vizio conosciuto e il vizio apparente nella disciplina della garanzia per vizi dettata dal <i>Code Napoléon</i>	22
5. Il rilievo degli stati soggettivi del compratore nel diritto interno: le ipotesi normative descritte all'art. 1491 c.c	26
6. La vendita di beni mobili internazionale: introduzione alla Convenzione di Vienna del 1980.....	34
6.1. La disciplina del difetto di conformità del bene al contratto dettata dalla Convenzione di Vienna.....	37

6.2. L'art. 35, ultimo paragrafo: la rilevanza attribuita dalla Convenzione di Vienna agli stati soggettivi del compratore.....	40
6.3. Differenze e analogie tra la disposizione di cui all'art. 35, par. 3, della Convenzione, l'art. 1491 c.c. e l'art. 2, par. 3, della Direttiva 1999/44/CE.....	43

CAPITOLO SECONDO

LA RILEVANZA ATTRIBUITA AGLI STATI SOGGETTIVI DEL CONSUMATORE DALL'ART. 2, PAR. 3, DELLA DIRETTIVA 1999/44/CE: PROFILI PROBLEMATICI

1. Gli aspetti censurabili della disposizione che fa dipendere da uno stato soggettivo del consumatore, rilevante al momento della conclusione del contratto, la possibilità di avvalersi dei rimedi previsti dalla disciplina consumeristica.....	47
2. Le criticità ermeneutiche suscitate dal dettato letterale dell'art. 2, par. 3, della Direttiva 1999/44/CE.....	49
2.1. La difficile opera di attuazione della disposizione di cui all'art. 2, par. 3: i profili di divergenza dell'art. 129, comma 3, del Codice del Consumo.....	53
3. L'insanabile contrasto tra la natura della responsabilità del professionista ed il principio per cui la responsabilità del venditore dipende dagli stati soggettivi del consumatore.....	58
4. La nozione omnicomprensiva di "difetto di conformità" introdotta dalla Direttiva 1999/44/CE: l'applicabilità del principio ricavabile dall'art. 2, par. 3, anche all'ipotesi di mancanza di qualità promesse	68
5. Le criticità applicative del principio che ancora al momento della conclusione del contratto la valutazione della conoscenza e conoscibilità del difetto, da parte del consumatore, al fine di escludere la responsabilità del professionista. Le ipotesi di vendita fuori dai locali commerciali, contratti a distanza e contratti di fornitura di beni di consumo da fabbricare e produrre	79

CAPITOLO TERZO

IL SUPERAMENTO DEL PRINCIPIO CHE RICONNETTE ALLA CONOSCENZA E CONOSCIBILITÀ DEL DIFETTO DA PARTE DEL CONSUMATORE L'ESCLUSIONE DELLA RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA: LA SOLUZIONE ACCOLTA NELLA DIRETTIVA (UE) 2019/771, RELATIVA A DETERMINATI ASPETTI DEI CONTRATTI DI VENDITA DI BENI

Sezione I

1. Il progressivo superamento del principio che esclude la responsabilità del venditore per difetti di conformità, ove questi fossero conosciuti o conoscibili al compratore, sul piano del diritto europeo: la proposta della Commissione europea per una «*Common European Sales Law*» 88
 - 1.1. La scelta di elidere qualsiasi riferimento al principio che fa dipendere dagli stati soggettivi del compratore la responsabilità del venditore e l'attribuzione della facoltà alle parti contrattuali di addivenire ad un patto derogativo dei requisiti presuntivi di conformità al contratto 92
 - 1.2. Il rilievo della conoscenza e conoscibilità del difetto da parte del compratore, ai sensi dell'art. 104, dell'Allegato I, nell'ambito dei soli contratti stipulati da professionisti..... 97

Sezione II

2. La Direttiva (UE) 2019/771, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni 100
 - 2.1. L'obiettivo del legislatore europeo: la flessibilità delle norme e il conseguente rilievo attribuito alla autonomia privata. L'ulteriore finalità antielusiva e la garanzia di un elevato livello di tutela del consumatore..... 119
 - 2.2. La facoltà di scostamento, espressamente e separatamente accettato dal consumatore, dai requisiti oggettivi di conformità, introdotta dall'art. 7, par. 5..... 121

Sezione III

3. I profili di criticità suscitati dalla disposizione che consente la deroga dei requisiti oggettivi di conformità, in presenza di una specifica informazione e della accettazione espressa e separata del difetto di conformità da parte del consumatore.....	126
3.1. L'autonomia privata e l'imperatività delle norme. L'incidenza della derogabilità della disciplina sull'obbiettivo di armonizzazione massima.....	127
3.2. Un sistema normativo (in)coerente. L'inderogabilità pattizia prevista dalla Direttiva (UE) 2011/83.....	138
3.3. La natura giuridica dei patti di deroga ai requisiti oggettivi di conformità: clausole limitative della responsabilità del professionista o determinative dell'oggetto del contratto?.....	144
3.4. I profili di criticità sul piano ermeneutico e applicativo suscitati dall'art. 7, par. 5	157

Sezione IV

4. L'elisione dell'esimente della responsabilità del professionista alla luce della conoscenza e della conoscibilità del difetto da parte del consumatore e l'introduzione del principio di derogabilità della disciplina consumeristica: la soluzione alla molteplicità dei profili di criticità suscitati dalla disciplina precedente... ..	166
4.1. L'elevata tutela del consumatore, il bilanciamento degli interessi delle parti. Il superamento delle criticità interpretative suscitate della disciplina previgente	167
4.2. Verso una disciplina aderente ai principi fondanti il rapporto obbligatorio	171
4.3. Un sistema che tutela il legittimo affidamento del consumatore a fronte della dichiarazione del professionista circa la presenza di determinate qualità del bene.....	173
4.4. L'apposizione ai contratti stipulati a distanza del patto derogatorio della disciplina di conformità del bene al contratto	175

4.5. Conclusioni. Il rilievo della conoscenza del consumatore al momento della conclusione del contratto, alla luce del principio di buona fede e dell'abuso del diritto	177
--	-----

<i>BIBLIOGRAFIA</i>	189
---------------------------	-----

INTRODUZIONE

Il presente elaborato approfondisce la tematica relativa all'applicazione, nell'ambito della vendita *B-to-C* di beni mobili, di quel principio secolare, in base al quale la conoscenza o la conoscibilità del vizio da parte del compratore, al momento della conclusione del contratto, comporta l'esclusione della responsabilità del venditore.

Principio, quest'ultimo, che affonda le proprie radici nella *fictio* in base alla quale se il compratore acquista un bene affetto da vizi, che conosceva o che erano riconoscibili, si intende che questi abbia voluto acquistare il bene nello stato in cui esso si trovava al momento della vendita. Tale considerazione trova rispondenza nel brocardo romano "*caveat emptor*", in base al quale in capo al compratore è imposto l'onere di aver cura dei propri interessi, pena la perdita dei rimedi rispetto a quei difetti che avrebbe potuto rilevare ove si fosse adoperato per esaminare il bene.

La regola in base alla quale la responsabilità del venditore per vizi dipende dagli stati soggettivi del compratore al momento della vendita assume nel corso dei secoli i connotati di un principio di carattere generale: dalla Roma degli edili curuli, essa approda ai codici dell'ottocento, primo fra tutti, il *Code Napoléon*.

Nel codice francese appare invero una disposizione che sancisce il principio in base al quale la responsabilità per vizi del venditore è esclusa, ove questi siano apparenti (v. art. 1642): norma quest'ultima che sarà destinata a rimanere immutata fino ad oggi.

D'altro canto, il *Code Napoléon* apre la via all'opera di codificazione in tutta Europa, influenzando diversi ordinamenti europei. Non stupisce dunque che, sotto il profilo della garanzia per vizi, anche il codice civile italiano, prima nel 1865 e poi nel 1942, introduca una disciplina analoga, sotto certi aspetti, a quella conosciuta nell'esperienza francese. Segnatamente, all'art. 1491 c.c. viene consacrato il principio in base al quale il venditore non risponde dei vizi del bene ove questi fossero conosciuti o facilmente riconoscibili da parte del compratore, al momento della vendita.

Oltre che carattere generale, tale principio assume altresì, nel corso del tempo, una caratura internazionale: viene invero dapprima riconosciuto dagli Stati aderenti alla Convenzione di Vienna del 1980 come principio comune ad essi nell'ambito della vendita internazionale (v. art. 39, ult. par.). Successivamente, esso viene ratificato anche nel diritto dell'Unione europea, attraverso la direttiva 1999/44/CE, volta all'armonizzazione del diritto in tema di vendita di beni di consumo, la quale, all'art. 2, par. 3, attuato prima all'art. 1519-ter, comma 3, c.c. e poi all'art. 129, comma 3, cod. cons., sancisce

l'esclusione della responsabilità del professionista per quei difetti che il consumatore conosceva o avrebbe potuto ragionevolmente conoscere.

Tuttavia, l'approdo del principio di origine romanistica nell'ordinamento dell'Unione europea ha suscitato diverse criticità sia sul piano ermeneutico che sotto il profilo applicativo: tale principio invero seppur poteva trovare una giustificazione negli ordinamenti di carattere nazionale, è apparso incompatibile con le peculiarità dell'ordinamento comunitario, a partire dalla *ratio* sottesa alla direttiva pocanzi citata.

Invero, tra gli obiettivi della direttiva comunitaria v'è innanzitutto quello di garantire un grado elevato di tutela al consumatore: l'art. 2, par. 3, della direttiva, invece, è norma di sfavore per quest'ultimo, il quale viene privato dei rimedi previsti a fronte di un difetto di conformità anche laddove il difetto sia per questi solo conoscibile. Finalità generale delle direttive è poi quella di operare un'armonizzazione delle legislazioni nazionali: l'art. 2, par. 3, della direttiva conduce ad un'opera di attuazione della normativa non uniforme, in forza delle genericità della sua formulazione.

D'altro canto, il principio che fa dipendere dagli stati soggettivi del compratore la responsabilità del venditore nasce in un contesto, ovvero quello del diritto romano, nel quale il "vizio" è nozione distinta da quella dell'inadempimento di un'obbligazione in capo al venditore: la garanzia per vizi, per come elaborata nell'ordinamento romanistico, garantisce il trasferimento del rischio che il bene presenti dei vizi dal compratore al venditore. Neppure nell'ordinamento italiano il vizio integra l'inadempimento di una obbligazione contrattuale del venditore: esso incide invece sull'effetto traslativo della vendita. Nella direttiva europea, invece, il difetto di conformità corrisponde all'inadempimento di una obbligazione in capo al professionista: obbligazione rispetto alla quale esso è liberato, ai sensi dell'art. 2, par. 3, per il fatto che il difetto è anche solo conoscibile al consumatore. Dunque, seppur il principio in esame e descritto dalla norma da ultimo citata poteva ammettersi nei sistemi in cui il vizio non è inadempimento di una prestazione del professionista, meno convincente appare la sua applicazione in un ordinamento in cui il difetto integra l'inadempimento di una obbligazione. Per vero, nella disciplina dettata in tema di obbligazioni dal codice civile, non è prevista alcuna conseguenza estintiva laddove il creditore fosse a conoscenza dell'inadempimento di contro parte. Dunque, il codice civile prevede una disciplina dell'obbligazione più favorevole per il creditore rispetto a quella elaborata dalla direttiva: senonché l'obiettivo della direttiva sulla vendita di beni di consumo dovrebbe essere quello di garantire al consumatore, che assume la veste di creditore in tal caso, un elevato grado di tutela.

Inoltre, il principio in esame suscita diverse criticità sul piano applicativo. Invero, la disciplina dettata dalla direttiva si applica anche all'ipotesi in cui il difetto attenga alle qualità promesse dal professionista: in questa prospettiva, si ravvisa il mancato coordinamento tra il principio in base al quale in capo al compratore è imposto un onere di avvedersi dei difetti nel bene, a pena di perdita dei rimedi previsti a fronte di un difetto di conformità, e il principio del legittimo affidamento nascente dalla promessa operata dal venditore in ordine alla presenza di determinate caratteristiche nel bene.

Si tratta d'altro canto di un principio, quello che esclude la responsabilità del professionista a fronte della conoscenza del difetto da parte del consumatore, che non è destinato a trovare applicazione a tutti i contratti del consumatore: gli stati soggettivi del consumatore vengono in rilievo solo al momento della conclusione della vendita, lasciando inapplicato il principio in esame nelle ipotesi in cui il bene debba essere consegnato in un momento successivo a quello di perfezionamento del contratto.

Nel corso dell'evoluzione del diritto della vendita di matrice comunitaria, vi sono stati tentativi di superamento del principio in esame: primo fra tutti, il tentativo operato nel 2011 dalla proposta di Regolamento della Commissione europea per una "*Common European Sales Law*". Proposta quest'ultima che può dirsi diretto precedente della disciplina in tema di difetto di conformità, prevista dalla direttiva (UE) 2019/771. Invero, nel testo del CESL non viene riprodotta l'esimente della responsabilità del professionista per i difetti conosciuti o conoscibili dal consumatore: al suo posto, viene invece introdotta la facoltà di addivenire ad un accordo di deroga ai requisiti presuntivi di conformità del bene al contratto, nel rispetto di determinate prescrizioni previste dalla disciplina stessa.

Con la direttiva (UE) 2019/771, relativa alla vendita dei beni, che abroga la precedente direttiva 1999/44/CE, si registra il definitivo superamento di quel principio secondo il quale la conoscenza o la conoscibilità del difetto da parte del compratore comporta l'esclusione della responsabilità del venditore per vizi. Invero, la nuova direttiva esclude che la perdita dei diritti del consumatore possa dipendere solo dallo stato soggettivo di quest'ultimo: la rinuncia dei diritti del consumatore può avvenire solo attraverso l'esplicazione della volontà negoziale. In un'ottica di valorizzazione dell'autonomia privata, dunque, la direttiva del 2019, sulla scorta di quanto già previsto dal CESL, ammette che le parti possano addivenire a degli accordi di deroga, dei soli requisiti oggettivi di conformità, purché il consumatore sia specificamente informato in ordine allo scostamento dei requisiti oggettivi di conformità, nonché accetti espressamente e separatamente il difetto di conformità (art. 7, par. 5, attuato, senza variazioni, all'art. 130, comma 4, cod. cons., come sostituito dall'art. 1 del d.lgs. n. 170 del 4 novembre 2021).

La scelta di non riproporre nella disciplina del difetto di conformità l'esimente di cui all'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE, e l'introduzione della facoltà di addivenire ad accordi derogatori della disciplina, vanta il pregio di tacitare tutti i profili di criticità suscitati dalla direttiva da ultimo citata, ma, allo stesso tempo, suscita nuovi e non meno rilevanti profili di criticità sul piano ermeneutico e applicativo.

Sotto questo profilo, la previsione di cui all'art. 7, par. 5, della direttiva (UE) 2019/771, ammettendo le parti ad addivenire ad accordi derogativi della disciplina in tema di conformità del bene al contratto, incrina il carattere imperativo delle disposizioni della direttiva: imperatività che viene prevista a tutela del consumatore, oltreché di obiettivi di carattere generale, come l'armonizzazione delle legislazioni nazionali. Invero, se le parti possono derogare ad un aspetto così importante della disciplina della vendita, quale i criteri di conformità del bene al contratto, si può dubitare del carattere imperativo della direttiva stessa e dunque della sua idoneità ad integrare la direttiva 2011/83/UE, che pur essa richiama, e che invece prevede espressamente l'inderogabilità della propria disciplina.

In ordine ai patti derogativi dei criteri di conformità al contratto si porrà poi il problema della qualificazione della loro natura giuridica: appare evidente che, incidendo sulla nozione di conformità del bene al contratto, essi possano essere qualificati come patti descrittivi dell'oggetto del contratto o come patti limitativi della responsabilità del professionista, con conseguente applicazione, in quest'ultimo caso, della disciplina in tema di clausole vessatorie.

La formulazione della disposizione di cui all'art. 7, par. 5, d'altra parte, suscita nuovi dubbi interpretativi, ove non viene specificata la forma che deve assumere il patto derogativo, nonché come possano atteggiarsi le prescrizioni imposte dalla disposizione, quali accettazione espressa e separata, nell'ambito della contrattazione *on-line*.

D'altro canto, attraverso l'elisione dell'esimente che faceva dipendere dalla conoscenza o conoscibilità del difetto da parte del consumatore l'esclusione della responsabilità del professionista e la contestuale introduzione della facoltà di stipulare accordi di deroga ai requisiti oggettivi di conformità, vengono risolte tutte le questioni di carattere interpretativo suscitate dalla precedente disciplina, soprattutto dalla dipendenza della responsabilità del professionista alla conoscibilità del difetto da parte del consumatore.

Sotto il profilo della tutela accordata al consumatore, si registra inoltre un innalzamento del grado di tutela del consumatore rispetto alla disciplina precedente, ove questi perdeva ogni diritto a fronte di un difetto di conformità, relativo sia al mancato rispetto dei criteri soggettivi che oggettivi di conformità, anche solo conoscibile. Ora,

invece, il professionista non viene più liberato dalla obbligazione di consegna del bene conforme al contratto a fronte della sola conoscibilità del difetto da parte del consumatore, ma quest'ultimo viene tutelato, a fronte dell'inadempimento del debitore, alla pari del creditore del codice civile.

Il modello introdotto dalla nuova direttiva inoltre contribuisce alla tutela del principio del legittimo affidamento: solo le dichiarazioni del professionista, se accettate espressamente e separatamente dal consumatore, assumono rilievo ai fini della perdita da parte di quest'ultimo dei diritti previsti dalla direttiva.

D'altro canto, i patti di deroga ai requisiti oggettivi di conformità trovano applicazione a tutti i contratti dei consumatori, siano essi stipulati in presenza o a distanza.

In conclusione, sembra doversi ammettere che l'intervento della direttiva (UE) 2019/771, in quanto risolutivo di diverse criticità suscitate dalla direttiva precedente in tema di vendita *B-to-C*, debba essere guardato complessivamente con favore.

Rimane tuttavia aperta la *quaestio* in ordine alla rilevanza della conoscenza del difetto da parte del consumatore, al momento della conclusione del contratto: posto che la conoscibilità non assume più rilevanza nella disciplina della conformità del bene al contratto, ci si può chiedere se quantomeno la conoscenza effettiva del difetto da parte del consumatore, il quale nonostante ciò decida di stipulare il contratto, per poi azionare i rimedi riparatori, non rilevi sotto il profilo della buona fede e correttezza contrattuale.

LA RILEVANZA GIURIDICA DELLA CONOSCENZA E CONOSCIBILITÀ DEL
DIFETTO NELLA COSA VENDUTA: DISCIPLINE NAZIONALI, DIRITTO
INTERNAZIONALE E NORMATIVA UE

SOMMARIO: 1. Introduzione alla disciplina del difetto di conformità del bene al contratto nella Direttiva 1999/44/CE: la rilevanza degli stati soggettivi del consumatore – 2. Il principio di esclusione della responsabilità del venditore per i vizi a fronte della conoscenza o conoscibilità del difetto, da parte del compratore, come principio di carattere generale – 3. La soluzione accolta nel diritto romano. L'assenza di tutela del compratore per i vizi nel bene venduto: il principio “*caveat emptor*” e gli accordi pattizi in ordine alle qualità del bene – 3.1. Le azioni edilizie nel diritto romano: il rilievo della conoscenza e della apparenza del vizio – 3.2. Un confronto tra i principi del diritto romano e la disciplina in tema di garanzia per vizi dettata dal codice civile italiano del 1942 – 4. Il vizio conosciuto e il vizio apparente nella disciplina della garanzia per vizi dettata dal *Code Napoléon* – 5. Il rilievo degli stati soggettivi del compratore nel diritto interno: le ipotesi normative descritte all'art. 1491 c.c. – 6. La vendita di beni mobili internazionale: introduzione alla Convenzione di Vienna del 1980 – 6.1. La disciplina del difetto di conformità del bene al contratto dettata dalla Convenzione di Vienna – 6.2. L'art. 35, ultimo paragrafo: la rilevanza attribuita dalla Convenzione di Vienna agli stati soggettivi del compratore – 6.3. Differenze e analogie tra la disposizione di cui all'art. 35, par. 3, della Convenzione, l'art. 1491 c.c. e l'art. 2, par. 3, della Direttiva 1999/44/CE.

*1. Introduzione alla disciplina del difetto di conformità del bene al contratto nella
Direttiva 1999/44/CE: la rilevanza degli stati soggettivi del consumatore*

Il presente elaborato è volto all'approfondimento della tematica relativa all'applicazione, nell'ambito della vendita mobiliare *B-to-C*, del principio secolare in base al quale la conoscenza o la conoscibilità del vizio da parte del compratore, al momento della conclusione del contratto, comporta l'esclusione della responsabilità del venditore. A tal fine, si rende dapprima necessaria una breve disamina in ordine alla disciplina introdotta dalla direttiva 1999/44/CE in tema di conformità del bene al contratto, in quanto da essa si ricava la prima manifestazione, sul piano comunitario, del principio in esame.

In ambito europeo, invero, la disciplina della vendita dei beni mobili *B-to-C* è stata per la prima volta regolata dalla direttiva 1999/44/CE¹, relativa a «taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo», adottata il 25 maggio 1999 ad opera del Parlamento

¹G.U.U.E. n. L 171 del 07 luglio 1999, p. 12-16.

Europeo e del Consiglio e recepita in Italia con il d.lgs. n. 24/2002, che ha introdotto nel codice civile gli artt. 1519 *bis*-1519 *nonies*, in seguito abrogati dal d.lgs. n. 206 del 2005, c.d. Codice del consumo, e sostituiti dagli artt. 128-135 cod. cons.

Prima di procedere alla disamina della disciplina della direttiva da ultimo citata, è bene già segnalare che essa è stata recentemente abrogata dalla direttiva (UE) 2019/771, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, attuata in Italia con il d.lgs. n. 170 del 4 novembre 2021, entrato in vigore il 10 dicembre 2021, che ha integralmente sostituito il Titolo III, della Parte IV del codice del consumo. L'analisi della disciplina antecedente a tale ultimo approdo normativo è in ogni caso necessaria e finalizzata alla comprensione dell'evoluzione del diritto europeo sulla tematica in esame².

Per quanto attiene alla *ratio* della disciplina dettata dalla direttiva 1999/44/CE, essa emerge, dapprima, dal tenore letterale dei considerando della direttiva stessa, i quali espressamente sanciscono l'introduzione di un livello minimo di norme "eque", volte a disciplinare la vendita dei beni mobili, con l'obiettivo di rendere più competitivo il mercato europeo, garantendo una uniformità delle legislazioni nazionali in tema di conformità dei beni al contratto e dei rimedi esperibili dal consumatore a seguito della manifestazione, nel bene ricevuto in consegna, di un "difetto di conformità"³.

Gli obiettivi fondamentali della normativa di matrice europea vengono ribaditi altresì all'art. 1 della direttiva, secondo il quale «*La presente direttiva ha per oggetto il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative a taluni aspetti della vendita e delle garanzie concernenti i beni di consumo, al fine di garantire un livello minimo uniforme di tutela dei consumatori nel quadro del mercato interno*».

² Fin da subito è bene evidenziare che, tra le diverse modifiche apportate dalla direttiva (UE) 2019/771 alla disciplina del difetto di conformità nel bene mobile, figura l'esclusione di qualsiasi riferimento agli stati soggettivi del consumatore: la conoscenza o conoscibilità del difetto di conformità non vengono più considerati fattori di esclusione della responsabilità del professionista, a fronte di un difetto di conformità nel bene. Di converso, viene data la possibilità alle parti di addivenire a degli accordi di deroga ai soli requisiti oggettivi di conformità al contratto, ove il consumatore fosse stato specificamente informato del difetto e avesse accettato lo scostamento dai requisiti di conformità espressamente e separatamente. Pertanto, è evidente come la trattazione cui è riservato il primo capitolo – relativo all'evoluzione storica del principio che esclude la responsabilità del professionista a fronte di un difetto conosciuto o conoscibile dal consumatore – seppur non possa trovare nuova utilità pratica tra gli operatori del diritto, i quali saranno destinati presto a confrontarsi con le disposizioni della direttiva (UE) 2019/771, appare di fondamentale importanza al fine di analizzare l'evoluzione della legislazione europea in ordine alla disciplina del difetto di conformità, con particolare riguardo agli stati soggettivi del consumatore, la cui rilevanza, per decenni, ha suscitato molteplici criticità sul piano ermeneutico e applicativo. Tale disamina assume così rilievo al fine di individuare le ragioni che hanno condotto il legislatore europeo della direttiva (UE) 2019/771 ad escludere ogni rilevanza agli stati soggettivi del consumatore nella disciplina del difetto di conformità.

³Cfr. a tal proposito i considerando n. 2, 3, 4 e 6.

D'altro canto, da una lettura complessiva della disciplina del difetto di conformità, emerge come la direttiva miri a garantire al consumatore una tutela “forte”, in quanto contraente “debole”, il quale non dispone della medesima forza negoziale del professionista, soprattutto alla luce della minore capacità economica e delle inferiori conoscenze di tipo tecnico-professionale normalmente possedute, invece, dal venditore.

Tuttavia, la protezione fornita al consumatore risulta bilanciata dalla tutela degli interessi del professionista, soddisfatti attraverso la garanzia di una uniformità dei rimedi attribuiti al consumatore, appartenente a qualsiasi Stato membro, a fronte della presenza di un difetto di conformità del bene compravenduto⁴.

Come già accennato, la direttiva trova applicazione rispetto ai contratti di compravendita⁵, aventi ad oggetto *beni di consumo*, stipulati tra un *consumatore* e un *professionista*. La terminologia testé utilizzata viene impiegata all'art. 1, par. 2, della direttiva, disposizione che detta le definizioni delle nozioni utili ai fini dell'applicabilità della normativa.

Ai sensi dell'art. 1, par. 2, lett. a), per «consumatore» si intende «*qualsiasi persona fisica che, nei contratti soggetti alla presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nell'ambito della sua attività commerciale o professionale*». La lett. b) definisce invece i beni di consumo come «*qualsiasi bene materiale*», salvo talune eccezioni espressamente elencate. Ai sensi dell'art. 1, par. 2, lett. c.), per «venditore» si intende «*qualsiasi persona fisica o giuridica che in base a un contratto vende beni di consumo nell'ambito della propria attività commerciale o professionale*»⁶.

Per quanto attiene agli obblighi che la direttiva europea impone in capo al professionista, di particolare rilevanza, ai fini del presente elaborato, appare l'obbligazione di consegna del bene conforme al contratto: essa è ricavabile dal dettato dell'art. 2, par. 1, della direttiva, secondo il quale «*Il venditore deve consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita*», nonché dall'art. 3, par. 1, secondo il quale «*Il venditore risponde al consumatore di qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene*».

⁴ Cfr. considerando n. 5 e 6.

⁵ La direttiva 99/44/CE, per vero, assimila la categoria dei “contratti di vendita” ai contratti di fornitura dei beni di consumo da fabbricare o produrre (v. art. 1, par. 4).

⁶ In ordine alle nozioni di “consumatore”, “professionista” e “bene di consumo”, la dottrina e la giurisprudenza hanno svolto, nel corso del tempo, un'opera interpretativa, talvolta implicante l'estensione dell'ambito applicativo della direttiva, talaltra operando un restringimento delle maglie entro cui trova applicazione tale normativa. V., per una panoramica in ordine agli approdi dell'opera interpretativa, V. ROPPO, *Trattato dei contratti, Mercati regolati*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 541 ss.

Al fine di individuare il contenuto di tale obbligazione, è necessario delimitare i confini della nozione di conformità del bene al contratto: il bene è conforme al contratto se rispetta il programma negoziale e se risponde ai criteri c.d. “presuntivi”, dettati dal paragrafo 2 dell’art. 2, applicabili oltre al contenuto contrattuale già previsto dalle parti⁷.

Per quanto attiene ai rimedi concessi al consumatore, a fronte di un difetto di conformità del bene al contratto, la direttiva del 1999 attribuisce al consumatore il diritto di avanzare nei confronti del venditore una pretesa volta alla riparazione del bene o alla sua sostituzione, salvo ciò risulti impossibile o sproporzionato. In tal caso, il compratore può agire in riduzione del prezzo o chiedere la risoluzione del contratto di compravendita.

Tuttavia, la direttiva prevede altresì talune ipotesi di esclusione di responsabilità del professionista per l’inadempimento dell’obbligazione di cui all’art. 2, par. 1 e 3, par. 1. In primo luogo, il venditore non è responsabile per i difetti di conformità al contratto che si manifestino dopo due anni dalla consegna del bene, come emerge dall’interpretazione *a contrario* della disposizione di cui all’art. 5, par. 1, secondo il quale «*Il venditore è responsabile [...] quando il difetto di conformità si manifesta entro il termine di due anni dalla consegna del bene*».

In secondo luogo, di particolare rilievo ai fini della presente disamina, l’art. 2, par. 3, della direttiva, sancisce che «*Non vi è difetto di conformità ai sensi del presente articolo se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era a conoscenza del difetto o non poteva ragionevolmente ignorarlo*»⁸. La norma fa dipendere dunque da uno stato soggettivo del consumatore, ovvero la conoscenza o la ragionevole ignoranza del difetto, al momento della vendita, l’esclusione della responsabilità del professionista per i difetti di conformità.

Le incertezze riscontrate dal Parlamento europeo e dal Consiglio nella formulazione della disposizione di cui all’art. 2, par. 3, rispecchiano il suo controverso ambito di applicazione, nonché le criticità che, sul piano ermeneutico e applicativo, essa ha suscitato.

⁷ Secondo l’art. 2, par. 2, «*Si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se:*

- a) sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello;*
- b) sono idonei ad ogni uso speciale voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato;*
- c) sono idonei all’uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo;*
- d) 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 al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull’etichettatura».*

⁸ La disposizione, nella versione inglese, prevede che: «*There shall be deemed not to be a lack of conformity for the purposes of this Article if, at the time the contract was concluded, the consumer was aware, or could not reasonably be unaware of, the lack of conformity, or if the lack of conformity has its origin in materials supplied by the consumer*».

La Proposta di direttiva, emanata nel 1996, prevedeva, ai sensi dell'art. 3, par. 1, che la responsabilità del professionista venisse meno ove il consumatore fosse a conoscenza del difetto o non avesse potuto ignorarlo, in ossequio alla formula già impiegata dall'ultimo paragrafo dell'art. 35 della Convenzione di Vienna. Tale proposta, dunque, non ancorava la conoscibilità del difetto al criterio della "ragionevolezza".

D'altra parte, il Parlamento europeo, nel corso delle letture volte all'adozione della direttiva, proponeva un emendamento, a favore del consumatore, che espungeva dalla norma l'ipotesi di esclusione della responsabilità del professionista in caso di semplice conoscibilità del difetto. La norma dunque avrebbe dovuto essere riformulata nel modo seguente: «*Un bene di consumo si considera conforme al contratto ai sensi del presente articolo quando il consumatore abbia acconsentito alla stipula del contratto [...] pur essendo a conoscenza del difetto del prodotto*».

L'emendamento veniva accolto dalla Commissione, ma non dal Consiglio che, nella Posizione comune del 1998, riproponeva l'introduzione dell'esimente circa la conoscibilità del difetto.

Infine, la norma veniva ripristinata in senso conforme alla Proposta del 1996, con l'introduzione, tuttavia, dell'espresso riferimento al parametro della ragionevolezza, come criterio di valutazione della conoscibilità del difetto⁹.

Ad ogni modo, la disposizione, così formulata, non si è sottratta alle critiche della dottrina, sotto il profilo sia interpretativo che applicativo.

In particolare, è d'uopo segnalare le criticità emerse con riguardo alla definizione dei confini entro i quali un difetto possa dirsi ragionevolmente ignorato¹⁰: il criterio della ragionevolezza, per la sua genericità, è stato oggetto di un'opera interpretativa da parte dei legislatori degli Stati membri, che non sempre ha condotto ad una formulazione unitaria, sul piano interno, dei criteri a cui ancorare la conoscibilità del difetto¹¹.

Peraltro, oltre ai profili di criticità emergenti dalla formulazione letterale della norma, di difficile interpretazione appare altresì il fondamento della disposizione in esame che,

⁹ In ordine ai passaggi operati dal legislatore europeo per la formulazione definitiva dell'art. 2, par. 3, v. 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, Cedam, 2000, p. 166, nt. 68.

¹⁰ Sul punto, v. G. DE CRISTOFARO, *L'esonero da responsabilità del venditore per i difetti di conformità che il consumatore conosceva o non poteva ragionevolmente ignorare "al momento della conclusione del contratto": brevi note su taluni aspetti problematici dell'attuazione dell'art. 2, par. 3, della direttiva 99/44/CE*, in A.A. V.V., *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. La tutela dell'acquirente di beni di consumo (Atti del convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi, Padova, 14-15 settembre 2001)*, Padova, Cedam, 2002, p. 191 s.

¹¹ Cfr. S. TROIANO, *sub art. 129*, in *La vendita dei beni di consumo, Art. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, a cura di C.M. BIANCA, Padova, Cedam, p. 94 ss.

impedendo al consumatore di azionare i rimedi a fronte di un difetto di conformità anche laddove il vizio fosse semplicemente conoscibile, finisce per qualificarsi come norma *in malam partem* e implica difficoltà di coordinamento con la *ratio* della direttiva stessa, volta invece ad apportare al consumatore, contraente debole, un elevato grado di tutela.

Tale limitazione alla tutela del consumatore, peraltro, non appare neppure giustificata dai principi regolanti la disciplina nazionale dell'inadempimento dell'obbligazione nascente da contratto: questi invero, a differenza della disposizione in esame, non consentono al debitore (venditore) di liberarsi della sua obbligazione, per il sol fatto che il creditore (compratore) avrebbe dovuto accorgersi di tale inadempimento, già al momento della conclusione del contratto.

Le difficoltà interpretative si acquiscono alla luce della disposizione attuativa dell'art. 2, par. 3, ovvero l'art. 129, comma 3, cod. cons., secondo il quale «*Non vi è difetto di conformità se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era a conoscenza del difetto non poteva ignorarlo con l'ordinaria diligenza o se il difetto di conformità deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore*». La disposizione del codice del consumo non si limita invero a riprodurre pedissequamente la norma della direttiva, ma traduce il criterio della "ragionevolezza" nel parametro della "diligenza ordinaria", generando così incertezze sotto il profilo ermeneutico¹².

2. Il principio di esclusione della responsabilità del venditore per i vizi a fronte della conoscenza o conoscibilità del difetto, da parte del compratore, come principio di carattere generale

Il principio in base al quale la conoscenza e la conoscibilità del vizio si consacrano come elementi escludenti la responsabilità per vizi del venditore è un principio di carattere secolare, che affonda le proprie radici nel diritto romano.

Tale principio è stato trasmesso dal diritto romano pretorio alla tradizione giuridica di diversi stati europei¹³, a partire dall'opera di codificazione ottocentesca, originata dall'elaborazione del *Code Napoléon*. A tal proposito, è d'uopo menzionare l'art. 1642 del *code civil* francese, secondo il quale il venditore non risponde dei vizi apparenti,

¹² La disposizione del Codice del consumo, d'altro canto, si limita a riprodurre l'abrogato art. 1519-ter c.c., secondo il quale «*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 o se il difetto di conformità deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore*».

¹³ Cfr. S. TROIANO, *op. cit.*, p. 82 s.

conoscibili dal compratore¹⁴; tale disposizione è stata ripresa, nella sostanza, dall'art. 1491 del codice civile italiano, che tuttavia si riferisce, nello specifico, ai vizi conosciuti o facilmente riconoscibili.

Nell'ordinamento tedesco, invece, antecedentemente alla riforma del 26 novembre 2001, attribuiva rilievo alla conoscibilità del difetto il § 460, del BGB, secondo il quale se l'acquirente non ha riscontrato, per colpa grave, un vizio di cui al § 459, par. 1, il venditore non è responsabile del difetto, a meno che non abbia assicurato l'assenza del vizio ovvero abbia occultato il vizio in modo fraudolento¹⁵. Con l'introduzione della direttiva 1999/44/CE (così come con la direttiva (UE) 2019/771), tuttavia, tutta la disciplina della vendita è stata riformata per conformare il diritto interno alla direttiva, che dunque è stata attuata creando un sistema uniforme della vendita, senza distinzione tra vendita di beni di consumo e vendita di altri beni.

Il principio in esame è altresì rilevabile ed ancora in vigore in numerosi altri ordinamenti europei¹⁶, seppur con talune differenziazioni nella formulazione, tra i quali l'ordinamento austriaco, che al § 928 ABGB, sancisce l'esclusione della garanzia per vizi per i difetti di immediata evidenza¹⁷; l'ordinamento svedese, che si riferisce ai difetti conosciuti o conoscibili, in base al § 20, comma 2, *Köplag*¹⁸, così come anche quello finlandese, al § 20, comma 2, *Kauppalaki*¹⁹.

Il rilievo degli stati soggettivi del consumatore, poi, ha assunto carattere internazionale, attraverso la norma di cui all'art. 35, par. 3, della Convenzione di Vienna del 1980, fonte ispiratrice dell'intera direttiva 1999/44/CE: ai sensi della disposizione appena citata,

¹⁴ L'art. 1642 del *code civil* sancisce che «*Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même*».

¹⁵ La norma indicata recita: «*Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Verkäufer, sofern er nicht die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat, nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat*».

¹⁶ Sul punto v. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 169, nt. 76.

¹⁷ Secondo il § 928 ABGB «*Fallen die Mängel einer Sache in die Augen oder sind die auf der Sache haftenden Lasten aus den öffentlichen Büchern zu ersehen, so findet außer dem Falle arglistigen Verschweigens des Mangels oder einer ausdrücklichen Zusage, daß die Sache von allen Fehlern und Lasten frei sei, keine Gewährleistung statt (§ 443). Schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften, müssen stets vertreten werden*».

¹⁸ Secondo il § 20, comma 2, *Köplag* «*Har köparen före köpet undersökt varan eller utan godtagbar anledning underlåtit att följa säljarens uppmaning att undersöka den, får han inte såsom fel åberopa vad han borde ha märkt vid undersökningen, om inte säljaren har handlat i strid mot tro och heder*».

¹⁹ Secondo la legge finlandese, «*Jos ostaja on ennen kaupantekoa tarkastanut tavaran tai ilman hyväksyttävää syytä laiminlyönyt noudattaa myyjän kehotusta tarkastaa se, hän ei saa virheenä vedota seikkaan, joka hänen olisi pitänyt tarkastuksessa havaita, ellei myyjä ole menetellyt kunnianvastaisesti ja arvottomasti*».

invero, il venditore non risponde del difetto che il compratore conosceva o non avrebbe potuto ignorare²⁰.

Alla luce di tale breve *excursus* storico, al cui approfondimento sono dedicati i paragrafi che seguono, emerge come il principio di esclusione della responsabilità del venditore per i vizi nel bene, conosciuti o conoscibili dal compratore, possa essere declinato nel senso di un principio di carattere generale, che, radicato nel corso dei secoli, è approdato non solo nei singoli ordinamenti nazionali, ma anche in quello internazionale, fino a giungere all'ordinamento dell'Unione europea.

3. La soluzione accolta nel diritto romano. L'assenza di tutela del compratore per i vizi nel bene venduto: il principio "caveat emptor" e gli accordi pattizi in ordine alle qualità del bene.

Si è pocanzi accennato come il principio di esclusione della responsabilità del venditore per vizi del bene, a fronte della conoscenza o conoscibilità del difetto da parte del compratore, fondi le proprie origini nell'evoluzione della disciplina in tema di garanzia per vizi elaborata dal diritto romano. Si possono invero distinguere diverse fasi di evoluzione dell'istituto della garanzia per vizi²¹, strettamente collegate all'evolversi del contratto di compravendita.

Il contratto di compravendita si è evoluto nel corso della storia giuridica romana, in ragione dell'evoluzione dei rapporti commerciali e, conseguentemente, delle esigenze cui la vendita si è trovata a far fronte, soprattutto nell'ambito del commercio internazionale.

Invero, se tale contratto si risolveva, in un primo momento, nel semplice baratto tra cittadini romani, esso, nel corso del tempo, assumeva i caratteri di un contratto di tipo reale, che si perfezionava cioè attraverso lo scambio istantaneo tra cosa e prezzo, attraverso l'utilizzo della moneta. A partire dal III sec. a. C., invece, a fronte delle esigenze di flessibilità e speditezza nascenti dal commercio internazionale, la compravendita veniva a delinearsi come contratto di tipo consensuale nei rapporti tra cittadini e stranieri. Bisognerà attendere il II sec. a. C. affinché il contratto di vendita consensuale trovi applicazione anche nei rapporti tra cittadini romani²².

²⁰ Sul punto, v. S. TROIANO, *op. cit.*, p. 82 s.; cfr. altresì G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 169, nt. 74.

²¹ Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Obligationes contractae*, in A. LOVATO – S. PULIATTI – L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 514 ss.

²² Questa la ricostruzione dell'evoluzione del contratto di compravendita che fornisce A. BURDESE, *Manuale di privato romano*, Torino, Utet, 1998, p. 451.

La vendita, anche in questa fase, produceva, ad ogni modo, solo effetti obbligatori: il venditore era gravato dall'obbligo di garantire il godimento pacifico del bene al compratore; questi era invece obbligato al pagamento del prezzo²³.

Appare dunque evidente come la compravendita delineata dal codice civile del 1942 tragga dalla disciplina romanistica solo il principio per cui il contratto si perfeziona per effetto del consenso, mentre diverga sotto il profilo degli effetti: mentre la compravendita codicistica è un contratto ad effetti reali, in quanto l'effetto traslativo della proprietà del bene si produce al perfezionamento del contratto, la vendita di stampo romanistico non produce l'effetto del trasferimento della proprietà, ma fa sorgere in capo alle parti solo obbligazioni.

Alla luce di tale ricostruzione dell'evoluzione del contratto di vendita nel diritto romano, non v'è da stupirsi se, in una prima fase del diritto romano della vendita, non era prevista alcuna tutela per l'acquirente a fronte della presenza di vizi nel bene. Tale circostanza trova giustificazione nella configurazione della vendita nel diritto romano arcaico: il contratto di compravendita, come si è già evidenziato, aveva natura reale e si perfezionava attraverso l'accordo delle parti e la c.d. *traditio* della *res*. Il contratto veniva stipulato solo in presenza di entrambi i contraenti ed aveva ad oggetto un bene generalmente infungibile e specifico. Da tale configurazione del contratto, è comprensibile come in capo all'acquirente vi fosse l'onere di esaminare il bene prima della stipulazione del contratto: bene che era presente in sede di contrattazione e che, pertanto, l'acquirente poteva facilmente analizzare²⁴.

Di conseguenza, al compratore che non si fosse avveduto dei vizi, al momento della stipulazione del contratto, non veniva concessa alcuna tutela. La *ratio* di tale principio è rinvenibile nel brocardo «*caveat emptor*»: l'acquirente è tenuto a curare i propri interessi, con la conseguenza che, se egli trascura di operare con diligenza, non potrà lamentarsi di quanto avrebbe potuto avvedersi²⁵.

Tuttavia, fin dall'epoca più risalente del diritto romano, ed almeno a partire dalla seconda metà del II sec. a C., i vizi del bene assumevano una certa rilevanza nell'economia del contratto in forza della libertà contrattuale delle parti. Invero, veniva concessa ai

²³ Con riguardo al carattere meramente obbligatorio del contratto di compravendita classica v. V. ARANGIO - RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1927, p. 309 s.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 2006, p. 459, 462; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, Jovene, 2001, p. 880 ss., il quale evidenzia come solo in età post-classica la vendita assunse il carattere di contratto ad efficacia reale; P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, nella versione italiana di C. LONGO, Milano, Società Editrice Libreria, 1909, p. 547, 557.

²⁴ V. in questo senso F. OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, Napoli 2015, p. 2 s.

²⁵ Sul punto v. F. OLIVIERO, *op. cit.*, p. 2; cfr. altresì R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations*, Oxford 1990, p. 307 s.

contraenti la facoltà di concludere un accordo volto a tenere indenne il compratore dai vizi del bene che, presenti al momento del contratto, si manifestassero successivamente. Segnatamente, attraverso tali accordi, i contraenti delineavano le qualità che il bene doveva presentare, mentre il venditore poteva rilasciare una dichiarazione con cui assicurava l'assenza di vizi nel bene, cosicché, ove il bene non presentasse le qualità pattuite o si riscontrassero dei vizi, questi ne sarebbe stato responsabile²⁶.

Sotto il profilo della natura della responsabilità dell'alienante per i vizi del bene, a fronte del mancato rispetto di tali accordi, si deve escludere fosse configurabile una responsabilità da inadempimento contrattuale dell'obbligazione nascente dal patto con l'acquirente. In capo all'alienante sorgeva esclusivamente l'obbligazione di pagamento di una somma di denaro al compratore, che più si avvicinava ad una forma di indennità, che di risarcimento dei danni. Dalla natura di tale rimedio a tutela del compratore, infatti, parte della dottrina ha segnalato come gli accordi stipulati tra compratore e venditore avessero esclusivamente la funzione di trasferire il rischio che il bene presentasse dei vizi dal compratore al venditore, il quale non poteva ritenersi inadempiente ma solo investito della qualità di garante dei vizi del bene²⁷. Peraltro, viene altresì evidenziato come tale conclusione sia aderente al principio di tradizione romanistica secondo il quale non è logicamente ammissibile l'esistenza di un'obbligazione che abbia ad oggetto il modo d'essere d'una cosa, contrattata nella sua essenza al momento della vendita, poiché le qualità del bene non possono, per loro stessa natura, formare l'oggetto di una prestazione in capo all'alienante²⁸.

3.1. *Le azioni edilizie nel diritto romano: il rilievo della conoscenza e della apparenza del vizio*

Con l'evoluzione del contratto di compravendita da contratto reale a contratto consensuale ad effetti obbligatori, in base al quale la vendita si perfeziona con il consenso delle parti e dal quale nascono le obbligazioni di consegna del bene e pagamento del prezzo, al fine di far valere, contro il venditore, i vizi presenti nel bene, in capo al compratore si imponeva un onere di diligenza nell'esame del bene, seppur inferiore rispetto a quello concernente la rilevazione di ogni possibile vizio. In particolare, era onere

²⁶ V., sul punto, M. MARRONE, *op. cit.*, p. 466 e nt. 167; A. BURDESE, *op. cit.*, p. 458 s.; A. GUARINO, *op. cit.*, p. 894; P.F. GIRARD, *op. cit.*, p. 576 s.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.*, p. 514 s.; V. ARANGIO - RUIZ, *op. cit.*, p. 311.

²⁷ Cfr. sul punto F. OLIVIERO, *op. cit.*, p. 4.

²⁸ Trae tali conclusioni ID., *op. cit.*, p. 4 s.

dell'acquirente esaminare il bene al fine di rilevare esclusivamente i vizi occulti dell'oggetto, che peraltro non era più necessario fosse presente al momento della vendita.

Tale tutela del compratore a fronte dei vizi nel bene venduto è dovuta all'opera edittole di quei magistrati che erano tenuti alla vigilanza dei mercati e ai quali era affidato il compito di redimere le controversie in materia contrattuale che ivi sorgevano (*cura annonae*), i c.d. edili curuli. Questi ultimi, a partire dal II sec. a.C., emanarono degli editti volti alla disciplina della vendita nei mercati, con i quali veniva prevista, per la prima volta, una responsabilità per i vizi occulti presenti nel bene, che prescindesse dalla colpa del venditore; successivamente tali editti, insieme agli altri elaborati dagli edili curuli, vennero raccolti in un unico editto, unificato in via definitiva da Giuliano²⁹.

Gli editti che rilevano ai fini della presente trattazione sono in particolare quelli rubricati "*de mancipiis vendundis*", attinente alla vendita di schiavi, e "*de iumentis vendundis*", che regolava la vendita di bestiame. In base a tali editti, il venditore, al momento della conclusione del contratto di compravendita di schiavi o di animali, si vedeva obbligato a comunicare all'acquirente la presenza di determinati vizi. L'acquirente, dunque, ove ad esempio lo schiavo manifestasse, a seguito della vendita, un «*vitium*» o un «*morbus*»³⁰, non denunciato dal venditore, poteva agire con l'*actio redhibitoria*, che imponeva al compratore la restituzione dello schiavo (o dell'animale), in cambio della restituzione del prezzo, da esercitarsi nel termine di sei mesi utili dalla vendita; nonché, in alternativa, con l'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*, con la quale si operava la riduzione del prezzo inizialmente pagato, da esercitarsi nel più lungo termine di un anno³¹.

²⁹ V. M. MARRONE, *op. cit.*, p. 467; F. OLIVIERO, *op. cit.*, p. 5 s.

³⁰La distinzione tra questi due termini non è ben definita dalle fonti romane. In ogni caso, la formula *morbus vitiumve*, impiegata nell'editto, deve essere interpretata restrittivamente, sulla scorta di quanto affermato da G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, Cedam, 1955, p. 7 ss.: rilevavano ai fini dell'editto unicamente difetti fisici, tali da incidere in senso rilevante sul normale rendimento dello schiavo (sul punto cfr. altresì R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 312 s.). Allo stesso tempo, il difetto poteva essere integrato anche dall'indole fuggitiva o suicida dello schiavo, dalla commissione di un illecito penale o di un crimine pubblico punito con la pena capitale, dall'essere stato inviato a combattere in arena contro le belve (v. G. IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 9 ss.; cfr. altresì L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.*, p. 515; R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 314 s.).

Non rilevavano invece, secondo quanto riportato da R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 314 s., i vizi di tipo caratteriale, ovvero se lo schiavo fosse irascibile, timido, scontroso, superstizioso, e così via. Per tale ragione, il compratore era solito richiedere una specifica garanzia di tipo pattizio in ordine a questo tipo di difetti.

³¹ In questo senso, v. quanto riportato da M. MARRONE, *op. cit.*, p. 467; A. BURDESE, *op. cit.*, p. 459 s.; F. OLIVIERO, *op. cit.*, p. 7; L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.*, p. 515 s.; cfr. altresì P.F. GIRARD, *op. cit.*, p. 577 ss.; G. IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 6 s.

La responsabilità dell'alienante, che sorgeva dalla mancata dichiarazione circa i vizi manifestatisi nel bene, era di carattere oggettivo, in quanto prescindeva dalla colpa o dal dolo, per cui era indifferente la conoscenza o meno, da parte del venditore, dei vizi³².

In un'ultima fase dell'evoluzione dell'istituto della garanzia per vizi, e, approssimativamente, nel tardo diritto romano, l'editto veniva esteso a tutti i contratti di compravendita, a prescindere dall'oggetto, con la conseguenza che la garanzia per vizi diveniva effetto naturale discendente direttamente dal contratto di vendita, così come la responsabilità del venditore, invocabile attraverso l'*actio empti*³³.

I rimedi edilizi erano applicabili, come già annunciato, solo a fronte di vizi occulti³⁴, da intendersi, in base alla ricostruzione fornita dalla dottrina romanistica, come difetti non apparenti, in quanto non visibili a seguito dell'esame del bene effettuato dal compratore, di cui questi non fosse venuto in ogni caso a conoscenza. Invero, sia nell'ipotesi in cui il vizio fosse apparente, sia nell'ipotesi in cui il difetto fosse occulto ma fosse stato effettivamente conosciuto dal compratore, il comportamento di quest'ultimo, che cionondimeno stipula la vendita, veniva valutato alla stregua di una rinuncia, seppur tacita, all'azione volta a far valere i vizi del bene: rinuncia che poteva farsi valere dal venditore come eccezione³⁵.

Il vizio apparente era tale, d'altro canto, solo ove l'acquirente avesse potuto visionare lo schiavo prima della stipulazione del contratto: così l'acquirente che, in presenza dello schiavo, non si fosse avveduto che questi fosse, ad esempio, di sesso femminile anziché maschile, ovvero fosse cieco, o con il volto sfigurato, veniva privato del diritto di agire contro il venditore³⁶.

Si rende necessario precisare, peraltro, che ove il vizio dello schiavo fosse evidente, ad esempio nel caso di cecità dello stesso, e il venditore avesse dichiarato genericamente che lo stesso era invece sano, la garanzia per vizi doveva considerarsi parimenti esclusa³⁷. Dunque, nell'ipotesi di vizi apparenti, la dichiarazione del venditore circa l'assenza di vizi

³² In questo senso, v. G. IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 18 ss.

³³ V. sul punto MARRONE, *op. cit.*, p. 467 s.; A. BURDESE, *op. cit.*, p. 460 s.; cfr. altresì L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.*, p. 516 s., secondo la quale, tuttavia, sussisteva una differenza tra i presupposti di azionabilità dell'*actio empti*, invocabile sia in funzione redibitoria che di riduzione del prezzo, ma solo nel caso in cui il venditore avesse dolosamente taciuto dei vizi occulti del bene ovvero avesse rilasciato dichiarazioni informali in ordine alle qualità del bene, e i presupposti per le azioni edilizie, invocabili per i soli vizi previsti dall'editto, a prescindere dalla conoscenza del vizio da parte del venditore.

³⁴ In questo senso si pronunciano A. BURDESE, *op. cit.*, p. 459; L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.*, p. 515; R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 311.

³⁵ Cfr. G. IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 22-24. D'altra parte, era ammesso altresì un patto espresso di rinuncia alle azioni edilizie, che poteva essere concluso non solo successivamente alla stipulazione del contratto, ma anche anteriormente o contemporaneamente alla vendita (cfr. ID., *op. cit.*, p. 20, 25).

³⁶ Si veda quanto riportato da R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 311 s.

³⁷ Cfr. G. IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 53 s.

nello schiavo veniva automaticamente integrata con l'inclusione del difetto di tutta evidenza. Appare tale regola ancorata ad una rigida interpretazione del principio "*caveat emptor*", in base al quale il compratore non può far affidamento circa le dichiarazioni del venditore, ma è tenuto ugualmente a curare i propri interessi e dunque, nel caso in esame, ad esaminare lo schiavo al fine di individuare i difetti apparenti.

Rimaneva, ad ogni modo, sempre possibile ampliare convenzionalmente la tutela apprestata dall'editto al compratore in caso di vizi. Era invero usuale l'emissione di dichiarazioni, i c.d. «*dicta promissave*», con cui il venditore affermava che il bene non presentava vizi o possedeva delle specifiche qualità. Tuttavia, il mancato rispetto di tali dichiarazioni comportava la responsabilità del venditore ai sensi dell'editto edilizio³⁸ e non implicava più unicamente il diritto ad un'indennità a favore dell'acquirente.

3.2. *Un confronto tra i principi del diritto romano e la disciplina in tema di garanzia per vizi dettata dal codice civile italiano del 1942*

Di prima evidenza è la comunanza tra il fondamento che sorregge il principio romanistico che esclude la responsabilità del venditore per vizi nel bene, a fronte di un difetto conosciuto o apparente, e le norme enunciate dall'art. 1491 c.c., il quale, allo stesso modo, costituisce un'esimente della responsabilità dell'alienante a fronte di vizi conosciuti o facilmente riconoscibili da parte del compratore.

Per quanto attiene all'esimente relativa alla conoscenza del vizio, è stato evidenziato come la *ratio* del principio romanistico sia da rinvenirsi nella sussistenza di una rinuncia tacita del diritto di azionare i rimedi edilizi: tale tesi viene avanzata altresì da parte della dottrina italiana – non scevra, tuttavia, di rilievi critici – per individuare il fondamento dell'art. 1491 c.c.³⁹.

Alla stessa *ratio* viene riconnesso altresì l'altro principio di stampo romanistico che esclude la responsabilità del venditore a fronte di vizi evidenti, ovvero apparenti: sembra doversi tuttavia rilevare come l'originario fondamento di tale principio, che almeno implicitamente impone al compratore l'analisi del bene con l'impiego di un certo grado di diligenza, sia da rinvenire – in questa ipotesi più che nell'ipotesi della conoscenza effettiva del vizio – nel più arcaico brocardo "*caveat emptor*". Negli stessi termini, la norma di cui all'art. 1491 c.c., ove sancisce l'esclusione della responsabilità del venditore in caso di vizi

³⁸ Cfr. R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 315.

³⁹ Cfr. D. BRUNI, *Garanzia per difetto di qualità essenziali e per vizi della compravendita*, in *R. d. civ.* 1959, II, p. 574; P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 256.

facilmente riconoscibili, si fonda sul medesimo principio: spetta al compratore la tutela dei propri interessi, ovvero, nel caso *de qua*, operare un esame del bene ed individuare i vizi facilmente riconoscibili, a pena dell'esclusione di ogni forma tutela.

Dagli esempi forniti con riguardo alle ipotesi in cui il vizio può dirsi apparente nell'ambito del diritto romano (la cecità dello schiavo, la diversità di sesso, ecc...), si potrebbe avanzare inoltre la tesi per cui il concetto romano di apparenza non sia così distante da quello di facile riconoscibilità del vizio, impiegato dalla disposizione di cui all'art. 1491 c.c., idoneo, anche secondo tale disposizione, ad escludere la responsabilità del venditore in caso di vizi nel bene⁴⁰. In altri termini, il diritto romano richiede in capo all'acquirente un onere di esaminare il bene e rilevare i difetti che appaiono di immediata evidenza, rilevabili, dunque, con l'impiego di una diligenza minima. Allo stesso modo, secondo la maggioranza della dottrina italiana e della giurisprudenza, i vizi sono da considerarsi facilmente riconoscibili, ai sensi dell'art. 1491 c.c., ove siano rilevabili impiegando un grado minimo di diligenza nell'analisi del bene, attraverso un esame superficiale della cosa, volto a rilevare i vizi di facile percezione⁴¹.

Dunque, da tale analisi emerge come l'accostamento tra la nozione di apparenza romanistica e la nozione di facile riconoscibilità richiamata dal codice civile trovi la propria giustificazione con riguardo al grado di diligenza impiegato, che appare, almeno *prima facie*, il medesimo.

Per quanto attiene invece al rilievo attribuito alle dichiarazioni del venditore circa l'assenza di vizi, nel caso in cui questi siano apparenti, è stato già sottolineato come il diritto romano non riconosca alcun impedimento alla esclusione della responsabilità del venditore, bastando a tal fine che il vizio sia di tutta evidenza. Il legislatore italiano, invece, si preoccupa di operare un temperamento tra il principio del *caveat emptor* e il principio della tutela dell'affidamento dell'acquirente. Invero, ai sensi dell'art. 1491 c.c., non è dovuta la garanzia per vizi se, al momento della conclusione del contratto, non solo il compratore conosceva i vizi, ma altresì fossero facilmente riconoscibili, a patto che – in quest'ultima ipotesi – il venditore dichiarasse che la cosa fosse esente da vizi.

Al di là delle differenze individuabili tra i due modelli, appare evidente come il principio per cui dagli stati soggettivi del consumatore dipende l'esclusione della responsabilità del venditore rimane fortemente radicato ancora oggi nell'ordinamento italiano, assieme ad altri capisaldi governanti l'istituto della garanzia per vizi.

⁴⁰ Per un confronto tra la norma di cui all'art. 1491 c.c. e il principio romanistico di esclusione della responsabilità del venditore in caso di vizi apparenti, v. S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, Utet, 1950, p. 274.

⁴¹ V. *infra*, nt. 85.

Invero, solo a fini di completezza della trattazione, si può segnalare come la natura della responsabilità per vizi sia un ulteriore elemento di comunanza tra l'ordinamento romano e quello odierno.

Invero, la responsabilità del venditore per i vizi del bene, elaborata dagli editti degli edili curuli, non si configura come responsabilità da inadempimento di un'obbligazione contrattuale: anche nella fase di promulgazione degli editti da parte degli edili curuli, rimane radicato quel pensiero nascente da un'epoca più arcaica per cui il venditore non può obbligarsi al modo d'essere del bene, ma rendersi solo garante dei vizi.

D'altra parte, anche la specialità dei rimedi edilizi previsti dagli editti, che appaiono, almeno sotto il profilo sostanziale, rispecchiare quelli dettati dall'art. 1492 c.c., fa propendere per l'esclusione di una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione dell'alienante. Invero, appare priva di giustificazione la creazione di specifici rimedi per l'ipotesi in cui bene si presenti viziato – così come l'adozione di una disciplina *ad hoc* - se la presenza di vizi nel bene avesse potuto qualificarsi come inadempimento di un'obbligazione nascente dal contratto di compravendita.

Che a fronte di un vizio nel bene, ai sensi dell'art. 1490 c.c., il venditore non risponda per inadempimento di un'obbligazione contrattuale è affermato anche da parte della dottrina odierna e dalla recente giurisprudenza a sezioni unite: anche nell'odierno dibattito, invero, si è richiamato proprio quel principio romanistico per cui il venditore non può obbligarsi al modo d'essere d'un bene, al fine di elaborare la responsabilità del venditore come responsabilità per la mancata realizzazione dell'effetto traslativo del contratto di vendita⁴².

In conclusione, è evidente come il sistema di tutela del compratore a fronte di vizi del bene venduto, elaborato dai giuristi romani, presenti più di un elemento di contatto con la disciplina codicistica italiana.

Si è già accennato inoltre come anche il diritto di matrice europea derivante dalla direttiva 1999/44/CE conservi il principio di stampo romanistico per cui la conoscenza e la conoscibilità del difetto escludono la responsabilità del venditore: la normativa europea citata tuttavia si discosta dal sistema elaborato nel diritto romano sotto il profilo della

⁴² Sul punto, v. Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *F. it.* 2019, I, c. 2726 ss., con nota di M. MAGLIULO, *Garanzia per vizi, inesatto adempimento ed onere della prova: l'intervento delle sezioni unite e la rilettura del principio di vicinanza alla fonte di prova*, e Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, in *G. it.* 2020, p. 39 ss., con nota di G.P. TRAVAGLINO, *Garanzia per i vizi e prescrizione: una difficile pronuncia delle Sezioni Unite*.

Per quanto attiene alla ricostruzione effettuata ad opera della dottrina, per tutti, v. L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 21 ss.

V. cap. II, nt. 47.

natura della responsabilità del venditore per difetti di conformità al contratto. Invero, il legislatore europeo ricostruisce la responsabilità del venditore alla stregua di una responsabilità per inadempimento di una obbligazione nascente dal contratto di vendita⁴³ e, coerentemente con tale scelta, amplia i tradizionali rimedi a tutela dell'acquirente, prevedendo che egli possa richiedere al venditore anche la riparazione e la sostituzione del bene.

Inoltre, è d'uopo anticipare come ad interrompere la tradizione giuridica che ricollega agli stati soggettivi del consumatore l'esclusione della responsabilità del venditore intervenga la nuova direttiva (UE) 2019/771, che non ammette quale esimente della responsabilità per difetto di conformità del professionista né la conoscenza, né la conoscibilità del difetto nel bene da parte del consumatore, al momento della conclusione del contratto.

4. *Il vizio conosciuto e il vizio apparente nella disciplina della garanzia per vizi dettata dal Code Napoléon*

Nel corso dei precedenti paragrafi, è già stato evidenziato come il principio in base al quale viene attribuito rilievo agli stati soggettivi del compratore in veste di esimenti della responsabilità del venditore possa assurgere a principio di carattere generale. Tale principio, invero, che trova origine, come segnalato, nel diritto romano, si è trasmesso fino alle codificazioni del 1800, e, in particolare, è stato recepito dal *Code Napoléon*, promulgato in Francia il 21 marzo 1804.

Dalla disciplina in tema di garanzia per vizi dettata dal *Code Napoléon* emerge come gli stati soggettivi del compratore assumano rilevanza ai fini dell'operare della *garantie des vices cachés*. Del resto, le disposizioni che danno indicazioni in tal senso sono rimaste invariate fino ad oggi (artt. 1641, 1642 *code civil*).

Sotto il profilo degli stati soggettivi dell'acquirente, secondo la disciplina pocanzi richiamata, è escluso il diritto alla garanzia per vizi, ove questi siano conosciuti dall'acquirente oppure ove possano qualificarsi come apparenti, al momento del perfezionamento del contratto, in piena aderenza ai principi di stampo romanistico.

⁴³ Cfr. C. PELLOSO, *Il deterioramento e il perimento ante traditionem del bene compravenduto: rimedi consumeristici e di diritto comune*, in AA. VV., *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori*, a cura di L. GAROFALO, Torino, Giappichelli, 2015, p. 108 ss., secondo il quale la direttiva europea introduce una responsabilità del professionista per inadempimento di una obbligazione, a differenza della disciplina codicistica che investe il venditore della posizione di garante dei vizi del bene.

Per vero, per quanto attiene all'ipotesi di esclusione della responsabilità del venditore in caso di conoscenza del vizio da parte del compratore, non si rinviene nel sistema del *code civil* una norma che vi si riferisca espressamente: tuttavia, anche senza la necessità di ancorare il principio al dato letterale, la dottrina ha sempre attribuito rilievo alla conoscenza del difetto ai fini di escludere la garanzia per vizi⁴⁴.

D'altra parte, che la conoscenza del vizio impedisca all'acquirente di azionare la garanzia può trarsi indirettamente anche dall'art. 1641 *code civil*, il quale detta la nozione di vizio rilevante ai fini della disciplina della garanzia per vizi. Secondo tale ultima disposizione infatti «*Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue [...]*».

Dal tale disposizione emerge come solo i vizi “*cachés*”, ovvero i vizi occulti, diano diritto alla garanzia per vizi: ove il compratore venga, per qualsiasi ragione, a conoscenza dei vizi, al momento della vendita, il vizio cessa di essere occulto⁴⁵. Per altro verso, senza escludere la natura occulta del vizio, parte della dottrina osserva come la conoscenza impedisca di azionare la garanzia per vizi, in quanto l'applicabilità dell'art. 1641 dipende dalla ignoranza del compratore circa la presenza del vizio: in caso di conoscenza del vizio, dunque, seppur occulto, non si applica la norma da ultimo citata, in assenza di un presupposto di applicazione della norma⁴⁶.

Il fondamento di tale esimente viene rinvenuto dalla dottrina francese nella inammissibilità per il compratore di dolersi dei vizi del bene in assenza di un qualsivoglia “inganno” del venditore, che deve ritenersi per certo escluso stante la conoscenza dei vizi da parte del compratore⁴⁷; oppure nella accettazione consapevole dei vizi nel bene da parte dell'acquirente⁴⁸.

Altra dottrina sottolinea, invece, in aderenza al fondamento di stampo romanistico, come la circostanza della conoscenza del vizio da parte dell'acquirente comporti una presunzione di rinuncia alla garanzia, da far valere come eccezione dal venditore. Questi è tenuto ad ogni modo a fornire la prova che il compratore fosse a conoscenza del vizio, salvo

⁴⁴ Cfr. G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *Della vendita e della permuta*, in *Trattato teorico-partico di Diritto Civile*, di G. BAUDRY-LACANTINERIE, con addizione di F. DEGNI, Milano, casa editrice: Dottor Francesco Vallardi, s.d., p. 442; F. LAURENT, *Principi di diritto civile*, vol. XXIV, Milano, Società Editrice Libreria, 1885, p. 213. Attribuisce rilievo alla conoscenza del vizio, del resto, anche R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, in *Oeuvres*, tomo I, Bruxelles 1813, p. 334, par. 209.

⁴⁵ In questo senso v. F. COLLART DUTILLEUL – F. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 2011, p. 252.

⁴⁶ In questo senso, v. M. PLANIOL – G. RIPERT, *Contrats civils*, in *Traité pratique de droit civil français*, tomo X, parte I, Paris 1932, p. 136.

⁴⁷ Sul punto, v. G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *op. cit.*, p. 442.

⁴⁸ Sostengono tale tesi P. MALAURIE – L. AYNÈS – P. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ 2018, p. 253.

che il difetto non sia da considerarsi, all'evidenza, in base alla natura del bene e alle circostanze del caso concreto, conosciuto dall'acquirente⁴⁹.

Disposizione che invece non appare di immediata interpretazione è quella che fa espressamente riferimento all'esclusione della responsabilità del venditore per i vizi *apparenti*. L'art. 1642 del *code civil* recita: «*Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même*».

Dall'analisi del dettato letterale della disposizione da ultimo citata, è evidente come essa si componga di due proposizioni: la prima sancisce che il venditore non è tenuto a rispondere dei vizi apparenti (“*Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents*”); la seconda, che si rinviene subito dopo la congiunzione “*et*”, prevede che l'alienante non deve rispondere dei vizi di cui il compratore sarebbe potuto venire a conoscenza (“*...et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même*”).

Tali proposizioni sono in realtà strettamente connesse tra loro: l'art. 1642 *code civil*, invero, riproduce un'unica norma, la quale esclude la responsabilità del venditore per vizi ove questi ultimi siano apparenti, da intendersi come vizi conoscibili dallo stesso compratore al momento della vendita⁵⁰. Dunque, nella disposizione in esame non si rinvencono due diverse norme che attengono da un lato ai vizi apparenti e dall'altro ai vizi conoscibili, bensì un'unica norma che individua nei vizi apparenti quei vizi riconoscibili al compratore. L'art. 1642, in altri termini, dopo aver precisato che il venditore non risponde dei vizi apparenti, spiega quali siano tali vizi: i vizi che l'acquirente avrebbe potuto rilevare da sé⁵¹.

La nozione di vizio apparente richiama, ad ogni modo, la necessità che il compratore svolga un esame del bene, finalizzato alla rilevazione del vizio suddetto. Non sempre univoca tuttavia è stata, in dottrina ed in giurisprudenza, l'individuazione del grado di diligenza richiesto in capo al compratore con riguardo all'analisi del bene venduto.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza francesi più risalenti, il vizio poteva dirsi apparente ove fosse rinvenibile attraverso un esame attento, richiesto dall'uomo che, con serietà, tratta i propri affari⁵²: tale posizione sembra dunque deporre per l'esigenza che il compratore, ove non voglia vedersi privato dei rimedi previsti in caso di vizi, proceda all'esame del bene con l'impiego di un grado di diligenza massima. Tale considerazione trova conferma altresì nella circostanza che, secondo tale tesi, ove il vizio fosse rilevabile da un esperto, esso non potrebbe dirsi occulto, poiché è onere del consumatore riferirsi a

⁴⁹ Così si esprimono M. PLANIOL – G. RIPERT, *op. cit.*, p. 136 s.

⁵⁰ V. G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *op. cit.*, p. 438.

⁵¹ In questo senso, v. F. LAURENT, *op. cit.*, p. 211 s.

⁵² In questo senso si esprimono G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *op. cit.*, p. 439.

tecnici, ove egli non riesca, in autonomia, ad effettuare una idonea valutazione del bene⁵³. Inoltre, i vizi erano considerati non occulti anche laddove non solo essi fossero riconoscibili impiegando un grado di diligenza massima, ma altresì ove essi fossero solo prevedibili in base alla natura del bene e agli usi⁵⁴. In particolare, ove il vizio non si manifestasse, a prima vista, né al consumatore, né all'esperto del settore, e pertanto fosse necessario un esame mirato al rinvenimento del vizio, esso poteva dirsi occulto solo ove la verifica travalicasse gli usi del settore commerciale cui apparteneva il bene⁵⁵.

D'altra parte, la giurisprudenza e la dottrina più recenti distinguono tra compratore professionista e non professionista: al primo viene richiesto l'esercizio di un esame in linea con le proprie competenze tecniche⁵⁶; al secondo viene richiesto un esame del bene da condurre con un grado di diligenza "ordinaria", da intendersi tuttavia soddisfatta attraverso l'effettuazione di una verifica superficiale ed elementare, senza la necessità della presenza di un esperto⁵⁷.

Altra parte della dottrina, invece, pur riconoscendo che il giudice è chiamato ad effettuare la valutazione in ordine all'apparenza del vizio in concreto, valorizzando le qualità personali del compratore, precisa che le verifiche cui è chiamato il compratore non professionista debbono considerarsi "normali", più che elementari⁵⁸, ovvero che la diligenza media debba collegarsi ad un esame attento del bene⁵⁹.

Il fondamento della norma viene ravvisato, dalla maggior parte della dottrina, in una presunzione di accettazione da parte del compratore del bene con i vizi: per tale ragione, questi non può disattendere il contratto stipulato, facendo valere la garanzia⁶⁰. A conforto di tale tesi, la dottrina osserva come il combinato disposto degli artt. 1641 e 1642 trovi fondamento nel collegamento dell'istituto della garanzia per vizi a quello

⁵³ Si vedano, sul punto, le considerazioni di G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *op. cit.*, p. 439; v. altresì M. PLANIOL – G. RIPERT, *op. cit.*, p. 133.

⁵⁴ V. G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *op. cit.*, p. 441 s.

⁵⁵ Sul punto, v. M. PLANIOL – G. RIPERT, *op. cit.*, p. 134.

⁵⁶ Cfr. F. COLLART DUTILLEUL – F. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 250 s., i quali escludono che la sola qualifica di professionista del compratore determini, di per sé, l'apparenza dei vizi; cfr. altresì A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 2017, p. 184, che segnala, invece, come sul compratore professionista gravi una presunzione, seppur semplice, di conoscenza.

⁵⁷ V. F. COLLART DUTILLEUL – F. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 250 s., i quali citano l'importante pronuncia della Corte di cassazione francese, in assemblea plenaria, del 2006 (Cass., Ass. Plen., 27 ottobre 2006, 05-18.977), che chiarisce come, ai sensi degli artt. 1641 e 1642 *code civil*, non è necessario che il compratore si faccia assistere da un esperto per il rilievo dei vizi. Sul punto v. altresì P. MALAURIE – L. AYNÈS – P. GAUTIER, *op. cit.*, p. 254.

⁵⁸ In questo senso, v. A. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 183 s.

⁵⁹ In questi termini si esprimono J. HUET – C. GRIMALDI – G. DECOCQ, H. LÉCUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil*, diretto da J. GHESTIN, LGDJ, 2012, p. 278 s.

⁶⁰ Sul punto, v. G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *op. cit.*, p. 438; cfr. altresì F. LAURENT, *op. cit.*, p. 211, il quale si riferisce ad una presunzione legale di conoscenza.

dell'obbligazione di consegna del bene: il compratore, ove constati i vizi del bene, può rifiutare di ricevere in consegna il bene; ove invece accetti il bene senza riserve, i vizi apparenti si considerano da questi accettati⁶¹.

Da tale analisi della disciplina sancita inizialmente dal *Code Napoleon*, e rimasta invariata fino ad oggi, è possibile osservare come essa si ponga in una posizione di continuità con i principi di stampo romanistico. Anche nel diritto francese rilevano, invero, la conoscenza effettiva del vizio e l'apparenza dello stesso, intesa come conoscibilità del compratore del difetto di immediata percezione, al fine di escludere la responsabilità del venditore.

5. Il rilievo degli stati soggettivi del compratore nel diritto interno: le ipotesi normative descritte all'art. 1491 c.c.

Come già evidenziato nei paragrafi precedenti, dalla tradizione del diritto romano e dall'impianto codicistico di matrice francese, il codice civile italiano del 1942 trae il principio di rilevanza degli stati soggettivi del compratore, al momento della conclusione del contratto, ai fini della esclusione della garanzia per vizi.

Tale impostazione è data dalla disposizione di cui all'art. 1491 del codice civile, dal quale si desumono diverse norme. La disposizione in esame, invero, sancisce che il venditore non è tenuto alla garanzia per vizi, in primo luogo, ove il compratore fosse a conoscenza del vizio al momento della vendita; in secondo luogo, nell'ipotesi in cui il vizio, pur non effettivamente conosciuto dall'acquirente, fosse facilmente riconoscibile; in terzo luogo, viene precisato che, anche laddove i vizi fossero facilmente riconoscibili, la garanzia è comunque azionabile se il venditore ha dichiarato che il bene era esente da vizi.

Per quanto attiene alla prima ipotesi delineata dall'art. 1491 c.c., il rilievo conferito alla conoscenza del vizio, al fine di escludere la garanzia per vizi, trova fondamento, secondo una parte della dottrina, nella circostanza che il bene, così come si presenta al momento della vendita, coincide con il bene effettivamente voluto dal compratore⁶² e, per tale ragione, egli non può, in seguito, azionare i rimedi redibitori, senza violare il programma contrattuale accettato. In quest'ottica, si crea una *fiction iuris* che fa rientrare il bene viziato

⁶¹ In questo senso, v. A. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 183; cfr. altresì J. HUET – C. GRIMALDI – G. DECOCQ, H. LÉCUYER, *op. cit.*, p. 276 s.

⁶² Cfr. G. GORLA, voce *Azione redibitoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 879; R. LUZZATTO, *La compravendita*, a cura di G. PERSICO, Torino, Utet, 1961, p. 247; G. MIRABELLI, *I singoli contratti. Artt. 1470-1765*, in *Commentario del codice civile*, IV, 3, Torino, Utet, 1991, p. 102; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 291.

nell'assetto contrattuale come oggetto della prestazione traslativa⁶³: se il vizio è conosciuto dal compratore, non si verifica quindi quella violazione dell'effetto traslativo del contratto che legittima l'esperibilità dei rimedi contro i vizi del bene. In altri termini, nel caso in esame, il vizio del bene, seppur rilevante ai sensi dell'art. 1490 c.c., caratterizza la prestazione dovuta e la garanzia per vizi non avrà neppure motivo di sorgere⁶⁴.

L'aspetto critico di tale ricostruzione è individuabile proprio nel fatto che essa costruisce una *fiction iuris*, secondo la quale il bene viziato rientra, quale oggetto della prestazione contrattuale, nel programma negoziale. Tuttavia, nel caso *de quo*, se è certo che l'acquirente sia a conoscenza del vizio del bene, non altrettanto può dirsi circa la posizione del venditore, che potrebbe essere all'oscuro del vizio e anzi potrebbe aver rilasciato una dichiarazione di assenza di vizi nel bene. E l'oggetto del contratto può dirsi tale solo ove siano le parti, congiuntamente, a stabilirlo e non può essere determinato unilateralmente dal compratore, senza che il venditore ne venga neppure a conoscenza⁶⁵.

Nulla *quaestio*, invero, in ordine all'ipotesi in cui dal contratto emerga la presenza del vizio: in tale ipotesi le parti hanno determinato l'oggetto del contratto, in accordo alla libera determinazione contrattuale, nonché all'art. 1490, comma 2, c.c., che ammette patti di limitazione della garanzia per vizi⁶⁶.

Diversamente, invece, si atteggia l'ipotesi, sopra accennata, in cui il venditore abbia dichiarato che il bene è privo di vizi. Secondo l'art. 1491 c.c., anche in tal caso, la conoscenza del vizio da parte del compratore esclude la garanzia per vizi. Non è possibile però affermare, in questa ipotesi per certo, che la volontà delle parti converga e la prestazione traslativa venga correttamente adempiuta a fronte di vizi nel bene⁶⁷.

⁶³ Cfr., seppur con riguardo alla disposizione di cui all'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE, G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 165.

Cfr., sul punto, Cass. civ., sez. II, 2 aprile 1997, n. 2862, secondo la quale in caso di conoscenza dei vizi da parte del compratore «sussiste piena corrispondenza tra le condizioni del bene secondo la determinazione volitiva dei contraenti e le condizioni del bene stesso quale oggetto della vendita».

⁶⁴ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 782; B. AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 52 s.; C. MANASSE, *La garanzia per vizi nella vendita*, in *Nuova g. civ. comm.* 1987, II, p. 299; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, I, in *Tratt. Vassalli*, Torino, Utet, 1993, p. 911, il quale riconduce tale *ratio* altresì all'ipotesi in cui vizi fossero solo facilmente riconoscibili.

In giurisprudenza, v. Cass. civ., sez. II, 6 gennaio 1979, n. 38.

⁶⁵ Cfr., seppur con riguardo alla disciplina dettata dalla dir. 99/44, G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 165 s., il quale sostiene per altro che neppure la conoscenza potrebbe risolversi in una vera e propria volontà negoziale.

⁶⁶ Secondo E. MINERVINI, *L'esclusione legale della garanzia per vizi nel contratto di compravendita*, in *R. d. civ.* 1989, II, p. 4, in questa ipotesi, non potrebbe discutersi di rinuncia alla garanzia, né tantomeno essa sorge, dato il pieno rispetto del programma contrattuale stabilito dalle parti.

⁶⁷ Questa ipotesi viene delineata altresì da E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 4, il quale tuttavia conclude per la sussistenza, nel caso in esame, di una rinuncia alla garanzia da parte del compratore.

Né potrebbe discorrersi di una rinuncia, seppur tacita, alla garanzia per vizi, la quale richiede una forma di volontà da parte del rinunciante, nel caso in esame assente, in quanto l'effetto di esclusione di garanzia per vizi non è nella disponibilità del compratore, ma discende direttamente dalla legge⁶⁸.

La *ratio* della norma, in tale ipotesi, è da rinvenirsi più propriamente nell'obbligo che grava sul compratore di buona fede e correttezza nel rapporto contrattuale, il quale, nel caso concreto, si declinerebbe nel non azionare i rimedi redibitori a fronte di un vizio conosciuto fin dal momento di stipula del contratto.

D'altra parte, non derivano informazioni maggiori neppure dalla Relazione al codice civile del 1942, la quale appare estremamente sintetica sul punto.

Così come di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale appare altresì la definizione di "conoscenza", che pur non ha presentato molti dubbi interpretativi: essa si declina nella consapevolezza della presenza del vizio, non rilevando il semplice sospetto, anche se non è richiesta la conoscenza delle cause originarie del difetto⁶⁹. Inoltre, rileva la conoscenza del vizio in qualsiasi modo acquisita: invero, appaiono prive di ogni rilievo le modalità di cognizione nonché la tipologia del vizio, ovvero se esso sia occulto o apparente⁷⁰.

Per quanto attiene alla diversa ipotesi normativa descritta dall'art. 1491 c.c., che sancisce l'esclusione della garanzia per vizi, ove questi ultimi siano facilmente riconoscibili al compratore, essa suscita maggiori criticità sul piano ermeneutico.

Di difficile individuazione appare dapprima la *ratio* della norma in esame. Se la conoscenza del vizio è valutabile sotto il profilo della buona fede del compratore, la riconoscibilità non sembra ricollegarsi al dovere di tenere una condotta volta alla correttezza nei rapporti contrattuali. In tale ipotesi, invero, è escluso che il compratore fosse a conoscenza del vizio: dallo stesso non può pertanto pretendersi un comportamento di astensione dalle azioni edilizie, basato sui principi di buona fede e correttezza, in quanto non vi sarebbe alcuna "colpa" in capo allo stesso di cui dover rispondere⁷¹. Si può pertanto escludere che la

⁶⁸ Che la disposizione di cui all'art. 1491 c.c. trovi fondamento in una «presunzione di rinuncia dell'acquirente» viene sostenuto da D. BRUNI, *op. cit.*, p. 574. Cfr. altresì P. GRECO - G. COTTINO, *op. cit.*, p. 256, secondo i quali la stipulazione del contratto di vendita, nonostante la conoscenza del vizio, è prova della volontà del compratore di rinunciare alla garanzia.

⁶⁹ Così Cass. civ., sez. II, 6 gennaio 1979, n. 38, secondo la quale «La conoscenza e la scoperta del vizio redibitorio non vanno necessariamente collegate alla precisa cognizione della causa del vizio stesso, poiché, se e vero che si ha conoscenza del vizio quando il compratore abbia acquisito la certezza obiettiva della sua sussistenza non essendo sufficiente il semplice sospetto, è altrettanto vero che, secondo la logica delle cose, tale certezza va riferita alla manifestazione esteriore del vizio e non già all'individuazione della causa che lo ha determinato».

⁷⁰ In questo senso v. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 782.

⁷¹ Parte della dottrina, tuttavia, individua il fondamento della norma in esame nei principi derivanti dalle norme che sanciscono a carico delle parti contrattuali obblighi di correttezza in fase di trattative contrattuali

norma trovi il proprio fondamento in una forma di sanzione a carico del compratore per la violazione degli obblighi contrattuali di buona fede, che presupporrebbe la violazione colpevole di una regola di condotta⁷².

In modo ancora più evidente, è da escludere che il vizio rientri nell'assetto degli interessi regolati dalle parti attraverso il programma contrattuale⁷³: nel caso di specie, per certo, il compratore è all'oscuro del vizio e così anche potrebbe essere per il venditore. Allo stesso modo, si deve escludere che si concretizzi una forma di acquiescenza tacita, che presuppone invece la conoscenza di quanto si vuole tacitamente accettare⁷⁴.

La *ratio* della norma sembra piuttosto doversi ricercare in quel principio di origine romana, denominato "*caveat emptor*". Tale principio è traducibile, allo stato attuale, nel principio di autoresponsabilità, che impone al compratore l'onere di occuparsi dei propri interessi⁷⁵. Dunque, più che un dovere del compratore verso il venditore, nel caso di specie, si configura un onere dell'acquirente per la tutela dei propri interessi, che, disatteso, esclude ogni forma di tutela⁷⁶.

L'onere di tutelare i propri interessi, peraltro, è esigibile solo ove il compratore sia nella possibilità di esaminare il bene, al momento della stipula del contratto: la norma in esame dunque è inapplicabile ove il bene non sia esaminabile in sede di contrattazione⁷⁷.

(art. 1337 c.c.). In quest'ottica, sul compratore graverebbe un obbligo di correttezza, volto ad individuare i vizi facilmente riconoscibili, al fine di tutelare l'affidamento del venditore che stipula il contratto confidando nella rilevazione degli stessi da parte di controparte (v. E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 6 s.; sul punto cfr. altresì G. GORLA, voce *Azione redibitoria*, cit., p. 879; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, Cedam, 1972, p. 245 s.).

⁷² Secondo parte della dottrina, tuttavia, la perdita della garanzia è conseguenza di una negligenza del compratore nell'evitare il danno del vizio, alla stregua di quanto sancisce l'art. 1227, comma 2, c.c. (v. R. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 248). Seppur nell'ambito dell'analisi della normativa europea, si pone in senso contrario S. TROIANO, *op. cit.*, p. 90 ss., 111 s., il quale segnala come l'art. 1227, comma 2, c.c. abbia a fondamento la buona fede oggettiva e imponga il capo al danneggiato un dovere, seppur attenuato, di limitare le conseguenze dannose dell'illecito; viceversa, a fronte di difetti conoscibili, non è possibile discorrere di un dovere di correttezza, ma solo di un onere imposto al compratore, connesso al principio di autoresponsabilità.

⁷³ In questo senso v. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 911, 913.

⁷⁴ Parte della dottrina (v. U. GRASSI, sub *art. 1491*, in A.A. V.V., *Dei singoli contratti. Artt. 1470-1547*, a cura di D. VALENTINO, in *Comm. Gabrielli*, Torino, Utet, 2011, p. 310; P. GRECO – G. COTTINO, *op. cit.*, p. 260 s.) individua il fondamento della norma in una presunzione di conoscenza.

⁷⁵ In questo senso v. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 782 s., il quale richiama il concetto di colpa del compratore, che tuttavia non origina dall'inadempimento di una obbligazione, bensì dalla mancata tutela dei propri interessi. Rinviene nel principio di autoresponsabilità la *ratio* della norma altresì A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 291. Per quanto attiene alla giurisprudenza di legittimità, si veda Cass. civ., sez. II, 2 aprile 1997, n. 2862; Cass. civ., sez. II, 27 febbraio 2012 n. 2981; Cass. civ., sez. VI - 2, ord., 6 febbraio 2020, n. 2756).

⁷⁶ Cfr., seppur con riguardo alla normativa europea, S. TROIANO, *op. cit.*, p. 90 ss., 111 s. Ricollega la nozione di autoresponsabilità alla tutela degli interessi dello stesso soggetto che pone in essere la condotta e dunque al concetto di onere, S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 455.

⁷⁷ In questo senso v. U. GRASSI, *op. cit.*, p. 307; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 786 ss. e, in particolare, p. 876 nt. 54; E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 14 ss., il quale sottolinea come l'art. 1491 c.c., salvo nelle ipotesi di conoscenza

Sulla nozione di “riconoscibilità” del vizio, il dibattito non è mai stato sopito: sembra a ogni modo preferibile la tesi, che peraltro si pone in uno stadio di continuità con la dottrina e giurisprudenza francese, che accosta i vizi riconoscibili ai vizi apparenti, ai sensi dell’art. 1511 c.c.⁷⁸. I vizi riconoscibili, pertanto, sarebbero quei vizi rinvenibili ad un primo esame, senza la necessità dell’intervento di un esperto⁷⁹ o di una approfondita analisi della cosa, in contrapposizione ai vizi occulti, che invece richiedono un esame più approfondito al fine del loro svelamento⁸⁰.

Elemento che invece distingue i vizi apparenti dai vizi riconoscibili attiene alla diversa valorizzazione delle caratteristiche proprie dell’acquirente: il vizio apparente è oggettivamente rilevabile, mentre il vizio riconoscibile è tale se apprezzabile dall’acquirente, in base alle proprie caratteristiche personali⁸¹. Dunque, per valutare se un vizio è riconoscibile, si prenderanno in considerazione non solo le circostanze del caso concreto (ad esempio, il luogo e le modalità della vendita), ma altresì le caratteristiche soggettive dell’acquirente (se egli, ad esempio, sia un esperto del settore ovvero sia privo di ogni informazione relativa all’oggetto della compravendita)⁸².

del vizio, sia inapplicabile non solo quando il bene non è presente al momento della stipulazione del contratto, ma anche nell’ipotesi di vendita di cosa futura o di cosa generica.

Nel senso che la facile riconoscibilità sia valutabile solo al momento della conclusione del contratto e che quindi l’art. 1491 c.c. sia inapplicabile nel caso in cui la consegna del bene sia successiva alla stipulazione del contratto, si pronuncia anche la giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. civ., sez. III, 30 maggio 1995, n. 6073; Cass. civ., sez. II, 26 gennaio 2000, n. 851; Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2011, n. 8880.

Di diverso avviso C. MANASSE, *op. cit.*, p. 299, la quale precisa che il momento di rilievo ai fini dell’art. 1491 c.c. sia quello della consegna, ove non fosse possibile visionare il bene al momento della stipula del contratto. Nello stesso senso v. anche Cass. civ., sez. II, 3 aprile 2009, n. 8192.

⁷⁸ Condivide tale assunto U. GRASSI, *op. cit.*, p. 309; cfr. altresì E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 13 s. e p. 17.

Secondo altra parte della dottrina, invece, le due nozioni vanno distinte con riguardo al grado di approfondimento richiesto nell’analisi del bene, al fine del disvelamento del vizio: nel caso di vizio apparente, esso è visibile *ictu oculi*; mentre il vizio riconoscibile richiede un’analisi di maggiore attenzione (v. P. GRECO - G. COTTINO, *op. cit.*, p. 256 ss.).

⁷⁹ Che non sia necessario l’intervento di un esperto per l’individuazione dei vizi riconoscibili è sostenuto da un orientamento ormai costante della giurisprudenza di legittimità: Cass. civ., sez. II, 18 dicembre 1999, n. 14277; Cass. civ., sez. II, 27 febbraio 2012 n. 2981; Cass. civ., sez. VI - 2, ord., 6 febbraio 2020, n. 2756, secondo la quale «il ricorso all’esperto segna il *discrimen* tra le ipotesi in cui sia prevista la garanzia e quelle in cui sia esclusa, e cioè, se il vizio sia o meno facilmente riconoscibile».

⁸⁰ V. la definizione che né da D. BRUNI, *op. cit.*, p. 574.

⁸¹ In questo senso, v. D. BRUNI, *op. cit.*, p. 574 s.; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 789; per quanto attiene alla giurisprudenza di legittimità v. Cass. civ., sez. II, 26 agosto 1993, n. 9008; cfr. altresì Cass. civ., sez. II, 18 dicembre 1999, n. 14277.

⁸² In questo senso, v. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 784 ss.; E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 10 ss. Di converso, una parte della dottrina ritiene che le circostanze valutabili ai fini della riconoscibilità del vizio, ai sensi dell’art. 1491 c.c., siano solo quelle di carattere oggettivo (v. G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 102 s.).

La giurisprudenza di legittimità aderisce, con orientamento ormai costante, alla tesi della riconoscibilità in senso soggettivo, ancorando il grado della diligenza ad una valutazione che tenga conto delle circostanze del caso concreto, comprensive delle qualità dell’acquirente: cfr. Cass. civ., sez. II, 18 dicembre 1999, n. 14277; Cass. civ., sez. II, 27 febbraio 2012, n. 2981; Cass. civ., sez. VI-2, ord., 6 febbraio 2020, n. 2756.

Permane da analizzare l'avverbio che caratterizza il termine "riconoscibile", ovvero l'avverbio "facilmente". Se tale avverbio si riferisse alla facilità con cui si conduce l'analisi del bene al fine di rilevare il vizio, che, dunque, dovrebbe rivelarsi attraverso un esame approssimativo della cosa, non sembrerebbe aggiungere nulla di nuovo rispetto a quello che il termine "riconoscibilità", inteso come "apparenza", già di per sé suggerisce⁸³.

Si è d'altra parte sostenuto che tale avverbio svolge la funzione di collegare la condotta del compratore ad un certo grado di diligenza⁸⁴, ovvero ad una diligenza che deve ritenersi minima⁸⁵. Tuttavia, se la diligenza minima è richiesta in ordine al grado di approfondimento dell'esame del bene, si ripropone la questione dell'utilità dell'avverbio "facilmente".

Tuttavia, parte della dottrina ritiene che le circostanze valutabili ai fini della riconoscibilità del vizio, ai sensi dell'art. 1491 c.c., siano solo quelle di carattere oggettivo: v. G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 102 s.

⁸³ Sul punto cfr. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 913, il quale, dopo aver precisato che il vizio apparente o riconoscibile è quello che si svela attraverso una analisi condotta con un grado ordinario di diligenza, ricollega l'avverbio "facilmente" ad un grado di diligenza minimo.

⁸⁴ In ordine al concetto di diligenza, v. A. RAVAZZONI, voce *Diligenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma 1989.

⁸⁵ Secondo parte della dottrina la diligenza minima si misura alla luce delle circostanze concrete della vendita e alle qualità personali dell'acquirente (in questo senso v. D. BRUNI, *op. cit.*, p. 575). Cfr. altresì D. RUBINO, *op. cit.*, p. 783 ss., il quale evidenzia che il legislatore, ove ha inteso specificare che i vizi debbono essere "facilmente riconoscibili", ha richiesto l'impiego di una diligenza minima, da intendersi in astratto e non in concreto, giustificata dal fatto che la prestazione di cui è onerato il compratore consiste nella cura dei propri interessi e non nell'adempimento di un'obbligazione. Collega l'avverbio "facilmente" all'impiego di una diligenza minima altresì C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 913.

Sostiene che i vizi facilmente riconoscibili siano quelli rilevabili con l'impiego di una diligenza minima nell'esame del bene anche parte della giurisprudenza di legittimità: v. Cass. civ., sez. II, 2 aprile 1999, n. 2862; Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 2000, n. 695; Cass. civ., sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24343, la quale ricollega l'avverbio *facilmente* di cui all'art. 1491 c.c. ad un *minimo sforzo di diligenza*. Per quanto attiene alla giurisprudenza di merito v. Trib. Roma, sez. X, 2 maggio 2013, n. 9285, in *One LEGALE*; Trib. Velletri, sez. II, 06 marzo 2018, n. 601, in *DeJure*.

In senso contrario si esprime E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 8 ss., il quale osserva come l'avverbio "facilmente" non debba essere collegato al grado della diligenza, ma alle modalità di verifica del bene: la diligenza richiesta rimane quella ordinaria, che tuttavia si concretizza in una analisi approssimativa della cosa. È richiesta una diligenza "normale", che si collega alle circostanze del caso concreto anche secondo G. VISINITINI, *op. cit.*, p. 247 ss.

Anche talune pronunce della corte di cassazione, pur ritenendo che non sia richiesta una particolare competenza tecnica e l'ausilio di esperti del settore, affermano espressamente che la diligenza da impiegare sia talvolta quella "media" (v. Cass. civ., sez. II, 18 dicembre 1999, n. 14277, secondo la quale «deve aversi riguardo alle caratteristiche del caso concreto, in base alle quali va esaminato il grado di *diligenza media* del compratore, al quale non è richiesta una particolare competenza tecnica né di avvalersi dell'assistenza di esperti») ovvero quella "ordinaria" (v. Cass. civ., sez. II, 30 luglio 2007, n. 16868; Cass. civ., sez. II, 12 febbraio 2018, n. 3348). Per quanto attiene alla giurisprudenza di merito, v. Corte App. Genova, sez. I, 3 aprile 2008, n. 398, in *One LEGALE*; Trib. Roma, sez. III, 5 luglio 2011, n. 14411, in *DeJure*; Trib. Firenze, sez. III, 26 febbraio 2015, n. 650, in *DeJure*.

D'altra parte, P. GRECO – G. COTTINO, *op. cit.*, p. 257 ss., non ancorano la riconoscibilità alla diligenza: la facile riconoscibilità invero dipende dalle circostanze concrete in cui avviene la vendita e dalle qualità personali dell'acquirente.

Sembra pertanto preferibile riconnettere tale avverbio, non tanto alle modalità con cui viene condotto l'esame⁸⁶, che rimane un esame volto al rilevamento di vizi di immediata percezione, ma alla facilità con cui è possibile accedere all'indagine del bene: il compratore non è tenuto ad adoperarsi al fine di esaminare il bene, ove questo non sia presente al momento della vendita, né sarà tenuto a chiedere al venditore di visionarlo⁸⁷. Ma, nell'ipotesi in cui l'analisi sia facilmente accessibile, egli è tenuto a procedere con l'esame della cosa, pur condotto con un grado di diligenza minima.

Da ultimo, la norma sancisce che la garanzia per vizi può essere fatta valere anche nel caso di vizi facilmente riconoscibili, ove il venditore abbia dichiarato che questi non fossero presenti⁸⁸: la disposizione trova il suo fondamento nel principio del legittimo affidamento, che tutela il compratore che ha fatto affidamento nelle dichiarazioni del venditore. In questo caso, invero, il compratore potrebbe non aver proceduto all'esame del bene sulla base della dichiarazione del venditore circa l'assenza del vizio⁸⁹. Del resto, tale dichiarazione non impedisce l'esclusione della garanzia nel diverso caso di conoscenza del vizio da parte del compratore: in questo caso invero la dichiarazione non veritiera del venditore, il quale peraltro potrebbe averla rilasciata in buona fede, ovvero all'oscuro della presenza del vizio, non giustifica la condotta contraria a buona fede del compratore, che agisce i rimedi edilizi pur a conoscenza dei vizi al momento della conclusione del contratto.

Infine, oltre alle molteplici questioni interpretative sollevate dalla disposizione in esame, sono emerse altresì incertezze legate al suo campo applicativo: ci si è chiesti invero se, posto che l'art. 1491 c.c. è per certo applicabile all'ipotesi in cui il bene presenti dei vi-

⁸⁶ V., invece, E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 8 ss. (v. *supra*, nt. 85).

⁸⁷ Che non sia imposto dalla legge un onere di attivarsi per visionare il bene lo sostiene altresì D. RUBINO, *op. cit.*, p. 786 s.; E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 14; cfr. altresì P. GRECO – G. COTTINO, *op. cit.*, p. 261 s.; C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 916.

⁸⁸ La dichiarazione dell'alienante deve essere rilasciata in modo espresso, seppur non è richiesta la forma scritta, e deve chiaramente far riferimento ai vizi del bene, seppur non individuati in modo specifico (cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 792 s.; E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 18 s.; P. GRECO – G. COTTINO, *op. cit.*, p. 262).

⁸⁹ In questo senso v. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 792; P. GRECO – G. COTTINO, *op. cit.*, p. 262; B. AGOSTINIS, *op. cit.*, p. 60; cfr. altresì A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 291.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, la dichiarazione di cui all'art. 1491 c.c. al fine di evitare la perdita della garanzia per vizi deve essere idonea ad evitare che il compratore proceda all'esame del bene (cfr. U. GRASSI, *op. cit.*, p. 310; in giurisprudenza cfr. Cass. civ., sez. II, 2 aprile 1997, n. 2862; Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 2000, n. 695).

Tuttavia, secondo parte della dottrina, la norma in esame trova fondamento più che nel principio di legittimo affidamento del compratore, nella circostanza che il venditore non possa più fare affidamento sulla rilevazione dei vizi facilmente riconoscibili da parte del compratore (v. E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 18). D'altra parte, v'è chi osserva come la dichiarazione del venditore contribuisca a determinare la prestazione oggetto del contratto, ovvero il trasferimento della proprietà di un bene privo di vizi e, per tale motivo, la riconoscibilità del vizio non assume più rilevanza (v. C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 917).

zi in senso tecnico, esso sia applicabile anche all'ipotesi di mancanza di qualità essenziali e promesse, ovvero all'ipotesi di *aliud pro alio*. La giurisprudenza intervenuta sul punto ha affermato, con un orientamento ormai costante, che l'art. 1491 c.c., nella sua interezza, non trova applicazione alle ipotesi di mancanza di qualità, pur senza distinguere tra qualità essenziali e qualità promesse⁹⁰. Le pronunce della giurisprudenza sono motivate dalla lettera dell'art. 1497 c.c.: tale disposizione, nell'individuare la disciplina applicabile all'ipotesi di mancanza di qualità essenziali e promesse, tra le norme dettate in tema di garanzia per vizi, richiama esclusivamente l'art. 1495 c.c., mentre non fa alcun cenno all'art. 1491 c.c.⁹¹.

⁹⁰ Sul punto, v. tuttavia Cass. civ., sez. II, 16 giugno 2016, n. 12465, la quale, nell'escludere che l'art. 1491 c.c., seconda parte, trovi applicazione con riguardo alla mancanza di qualità sia essenziali che promesse, rileva come l'onere imposto dall'art. 1511 c.c. in capo all'acquirente di esaminare tempestivamente il bene, al fine di accertare la presenza di vizi e di qualità apparenti, deve riconoscersi solo in relazione alle qualità essenziali e non in relazione alle qualità promesse: invero, in quest'ultimo caso, la promessa di una determinata qualità della cosa genera affidamento nel compratore che è indotto a non esaminare il bene, così come avviene nel caso in cui il venditore rilasci la dichiarazione che il bene è esente da vizi, ai sensi dell'art. 1491, ultima parte, c.c.

⁹¹ L'argomento impiegato dalla giurisprudenza per escludere la mancanza di qualità dall'ambito applicativo dell'art. 1491 c.c. si concentra nell'analisi del disposto dell'art. 1497 c.c., il quale richiama esclusivamente l'art. 1495 c.c., non facendo riferimento ad altre disposizioni in tema di garanzia per vizi (v., in tal senso, Cass. civ., sez. III, 13 novembre 1969, n. 3695; Cass. civ., sez. II, 29 luglio 1978, n. 3803; nel senso di escludere l'applicabilità dell'art. 1491 c.c. all'ipotesi di mancanza di qualità v. altresì Cass. civ., sez. III, 14 ottobre 2005, n. 10972).

Sul punto, cfr. altresì Trib. Catania, sez. I, 28 novembre 2006, in *DeJure*, che, pur ponendosi in una linea di continuità con la giurisprudenza che non ammette l'applicazione dell'art. 1491 c.c. alle ipotesi di mancanza di qualità a causa del mancato richiamo a tale norma dell'art. 1497 c.c., afferma che «tuttavia ciò non esclude, naturalmente, in forza del generale *principio di autoresponsabilità*, che gli accordi negoziali impegnino secondo il loro obiettivo significato, donde se "oggetto" del contratto è un determinato bene, trasferito nello "stato di fatto" in cui si trova ed individuato tenendo conto delle sue (eventualmente scadenti) caratteristiche oggettive, parte acquirente non può poi dolersi di quelle medesime scadenti (o mancanti) qualità proprio in quanto da lui accettate come tali; di converso il venditore non può certo dirsi responsabile - mancando la colpa (requisito che qui deve sussistere a differenza dell'ipotesi di cui all'art. 1490 c.c. [...]) - se il bene era privo di quelle qualità che, in quanto apparenti ed obiettivamente evincibili caratterizzavano l'oggetto in sé, che come tale quindi è da presumersi sia stato accettato e voluto dal compratore. In sostanza l'apparenza delle scadenti (o mancanti) qualità del bene, connotandosi quale obiettivo elemento della sua identificazione, fa presumere il medesimo così voluto (mentre altrettanto non può dirsi per la facile riconoscibilità del difetto di qualità) - giungendosi per tal via al medesimo risultato che autorevole dottrina raggiunge sul presupposto che l'art. 1511 c.c. accomuni i vizi apparenti ai difetti apparenti di qualità».

D'altra parte, secondo la giurisprudenza di merito, ove il consumatore avesse effettiva conoscenza dei vizi, la responsabilità del venditore dovrebbe ritenersi esclusa a prescindere dalla tipologia di difetto che si concretizza. La conoscenza del difetto implica invero l'accettazione del vizio, trovando corrispondenza le condizioni del bene voluto dalle parti e quelle del bene oggetto del contratto, con la conseguente esclusione non solo della garanzia per vizi di cui agli artt. 1490 ss. c.c., ma di qualsiasi altro mezzo di tutela contrattuale, compresa l'azione di risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 c.c. In quest'ottica, la prima parte dell'art. 1491 c.c., che esclude la garanzia per vizi in caso di conoscenza dei difetti al momento della vendita, assurge a principio generale, come tale applicabile a qualsiasi ipotesi di difetto del bene venduto (v. Trib. Ravenna, 13 agosto 2019, n. 882, in *One LEGALE*).

Anche per quanto attiene all'ipotesi di *aliud pro alio*, la tendenza è quella di escludere che possa trovare applicazione l'art. 1491 c.c., senza distinguere, anche in tal caso, tra le due fattispecie di cui la figura dell'*aliud pro alio* si compone⁹².

6. La vendita di beni mobili internazionale: introduzione alla Convenzione di Vienna del 1980

Gli stati soggettivi del compratore, a fronte di un difetto di conformità nel bene, assumono rilevanza anche nelle normative di carattere internazionale.

In particolare, deve essere riservato uno spazio di analisi alla disciplina dettata dalla Convenzione di Vienna del 1980 (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, c.d. *CISG*).

La *ratio* di tale normativa internazionale è rinvenibile nell'agevolazione degli scambi commerciali internazionali, attraverso la creazione di un diritto internazionale della vendita comune agli Stati firmatari, attinente non solo all'aspetto della formazione del contratto di vendita di beni mobili, ma altresì ai diritti e agli obblighi derivanti da tale contratto, tra i quali anche quello del venditore di consegnare dei beni conformi al contratto⁹³.

La Convenzione è stata adottata su impulso della Uncitral e firmata l'11 aprile 1980, nell'ambito di una conferenza tenutasi a Vienna. In Italia, essa è stata ratificata con legge n. 765 dell'11 dicembre 1985 ed è entrata in vigore il 1° gennaio 1988, sostituendo le

⁹² Per quanto attiene all'ipotesi di *aliud pro alio*, la giurisprudenza si limita ad escludere tale ipotesi dal campo applicativo della disposizione di cui all'art. 1491 c.c., sostenendo tuttavia che, in caso di conoscenza della diversità di genere del bene o della sua mancata funzionalità, tale conoscenza possa rilevare in generale come accettazione di un bene diverso da quello pattuito (v. Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 1995, n. 593; esclude l'applicabilità dell'art. 1491 c.c. alle ipotesi di *aliud pro alio* altresì Trib. Monza, sez. IV, 4 settembre 2006, in *DeJure*; cfr. altresì Trib. Monza, 4 gennaio 2010, n. 36, in *One LEGALE*).

Non mancano tuttavia pronunce che affermano come la sola conoscenza da parte del compratore della diversità del bene, senza alcun esonero da parte dello stesso dell'obbligo del venditore a consegnare il bene pattuito, non rileva ai fini dell'esclusione dell'inadempimento del venditore per consegna di *aliud pro alio* (cfr. Cass. civ., sez. II, 10 giugno 1991, n. 6576; Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 1994, n. 10703; Cass. civ., sez. II, 20 gennaio 1996, n. 442, Cass. civ., sez. II, 26 gennaio 2006, n. 1514, secondo le quali la mera conoscenza da parte del compratore del mancato rilascio della licenza di abitabilità, senza aver rinunciato a tale requisito dell'immobile ovvero senza aver esonerato il venditore dal relativo obbligo, non vale ad escludere l'inadempimento del venditore per consegna *aliud pro alio*; *contra* Cass. civ., sez. II, 20 agosto 1990, n. 8450).

⁹³ Secondo l'art. 4 della Convenzione, invero, «*La presente Convenzione regola esclusivamente la formazione del contratto di vendita e i diritti e gli obblighi che tale contratto fa sorgere tra il venditore e il compratore*». La Convenzione invece non attiene alla «*validità del contratto o di singole sue clausole o degli usi*» (lett. a), nonché agli «*effetti che dal contratto possono derivare sulla proprietà dei beni venduti*» (lett. b).

due precedenti Convenzioni dell'Aja del 1964, dedicate anch'esse alla vendita internazionale, entrambe ratificate in Italia con legge n. 816 del 21 giugno 1971⁹⁴.

La Convenzione di Vienna condivide con le Convenzioni dell'Aja l'oggetto dell'opera unificatrice, ovvero la disciplina in tema di formazione del contratto e dei diritti e obblighi derivanti dalla vendita, ma presenta un ambito applicativo più limitato⁹⁵. L'applicazione della Convenzione è invero circoscritta alle vendite internazionali di beni mobili tra contraenti che abbiano la propria sede d'affari in due diversi Stati firmatari (art. 1, comma 1, lett. a), costituendo tale elemento il carattere di internazionalità della vendita⁹⁶; nonché alle ipotesi in cui, in aderenza alle regole di diritto internazionale privato, venga prevista l'applicazione al contratto del diritto di uno Stato firmatario (art. 1, comma 1, lett. b).

Non viene precisato, sotto il profilo soggettivo, se rilevi, ai fini dell'applicabilità della Convenzione, la qualifica dei contraenti: dunque, in assenza di un espresso divieto, la Convenzione parrebbe applicarsi anche alle vendite *B-to-C*⁹⁷.

Tuttavia, è stato osservato che, dalla lettera dell'art. 2, lett. a), emerge come l'applicazione della Convenzione debba escludersi nelle ipotesi in cui l'acquirente sia un consumatore⁹⁸. Secondo la norma citata, invero, la Convenzione «*non si applica alle*

⁹⁴ In ordine al percorso di adozione della Convenzione di Vienna del 1980 e ai suoi precedenti normativi, v. S.M. CARBONE, *L'ambito di applicazione ed i criteri applicativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in A.A. V.V., *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 63 ss.; I. SCHWENZER – P. HACHEM, *The CISG - Successes and Pitfalls*, in *American Journal of Comparative Law* 2009, p. 457 ss.; A. RIZZIERI, *Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili (1980)*, in A.A. V.V., *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, a cura di F. FERRARI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 47 s.; sotto un profilo comparatistico v. altresì E. JAYME (a cura di), *La compravendita internazionale di beni mobili nei rapporti tra Italia e Germania*, Padova, Cedam, 1990, p. 5 ss.

⁹⁵ Cfr. S.M. CARBONE, *op. cit.*, p. 66 ss., il quale sottolinea le critiche avanzate alle Convenzioni dell'Aja a causa dell'ampio campo di applicazione.

⁹⁶ In questo senso v. ID., *op. cit.*, p. 68; E. JAYME, *op. cit.*, p. 9; A. RIZZIERI, *op. cit.*, p. 51 s.

⁹⁷ V. S.M. CARBONE, *op. cit.*, p. 68 s., il quale afferma che, seppur non sia rilevante la qualifica di «commerciante» dei contraenti sotto il profilo dell'applicazione della Convenzione, essa può considerarsi elemento di rilievo ai fini interpretativi, come nel caso della individuazione del tempo ragionevole per la denuncia dei vizi da parte dell'acquirente, ai sensi dell'art. 37, par. 1, della Convenzione; salvo poi affermare, nel corso dell'opera, che, ai sensi dell'art. 2, la Convenzione non è applicabile alle vendite di beni di consumo (v. p. 81).

⁹⁸ Sul punto, si evidenzia come taluni autori abbiano guardato con una certa diffidenza proprio l'introduzione dell'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE, destinato ad operare nei rapporti tra consumatori e professionisti, in quanto disciplina elaborata sulla scorta dell'art. 35 della Convenzione di Vienna, il quale invece si applica esclusivamente ai rapporti tra soli professionisti (v. l'analisi di P.M. VECCHI, *Note introduttive* (all'art. 1519-ter), in A.A.V.V., *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, coordinato da L. GAROFALO, Padova, Cedam, 2003, p. 132; v., altresì, G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *R. d. civ.* 2001, I, p. 869 s., secondo il quale, tuttavia, il timore degli interpreti andrebbe superato, alla luce della «straordinaria capacità di penetrazione messa in mostra, dal modello stesso,

vendite di beni mobili acquistati per uso personale, familiare o domestico, a meno che il venditore, in un qualsiasi momento anteriore alla conclusione o al momento della conclusione del contratto, non sapesse né fosse tenuto a sapere che i beni erano acquistati per tale uso».

Dal dato letterale della disposizione in esame, dunque, sembrerebbe doversi escludere che la Convenzione si applichi ove il bene mobile sia acquistato da un consumatore, riconducendo le ragioni dell'acquisto, ovvero *per uso personale, familiare o domestico*, al carattere non professionale del contraente. Del resto, è proprio il tipo di attività che il contraente svolge a qualificarlo come consumatore ai sensi della direttiva 1999/44/CE (così come anche della direttiva (UE) 2019/771), la quale, all'art. 1, par. 2, lett. a), sancisce che è consumatore colui che «*agisce per fini che non rientrano nell'ambito della sua attività commerciale o professionale*».

D'altra parte, da un'attenta analisi della norma, emerge che, almeno in taluni casi, la Convenzione può trovare applicazione anche agli scambi *B-to-C*: ciò avviene solo nel caso in cui il venditore conoscesse o dovesse conoscere della qualifica di consumatore dell'acquirente, così come si ricava dall'ultimo periodo dell'art. 2, lett. a) della Convenzione⁹⁹.

La disciplina dettata dalla Convenzione è derogabile dalle parti, che possono, alternativamente, escludere l'intera disciplina, derogare a singole disposizioni, salvo quanto disposto all'art. 12, o incidere sugli effetti delle norme, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione¹⁰⁰. Si è quindi osservato come la Convenzione sia caratterizzata da un regime dispositivo delle norme, in ragione della necessità di soddisfare le esigenze di flessibilità del commercio internazionale, alle quali può dare risposta solo l'autonomia privata¹⁰¹.

Sotto il profilo dei criteri interpretativi delle disposizioni della Convenzione, ai sensi dell'art. 7, par. 1, l'interpretazione delle norme deve avvenire avendo riguardo al carattere internazionale della Convenzione, all'esigenza di una applicazione uniforme della disciplina e al rispetto del principio di buona fede nel commercio internazionale¹⁰². Dal

sia sul piano delle applicazioni giudiziali, sia in occasione di tutta una serie di riforme della disciplina della vendita, varate in tempi recenti da diversi legislatori nazionali».

⁹⁹ In questo senso v. A. RIZZIERI, *op. cit.*, p. 48, il quale sottolinea che, seppur la *ratio* dell'art. 2, lett. a) sia individuabile nella volontà di applicare la Convenzione al solo caso in cui l'acquirente non sia un consumatore, non è eludibile il dettato letterale della norma, che fa salva l'ipotesi in cui il venditore fosse a conoscenza o fosse tenuto a conoscere delle ragioni familiari, personali o domestiche dell'acquisto del bene.

¹⁰⁰ In ordine alle modalità con cui può esplicarsi l'autonomia privata, ai sensi dell'art. 6, v. E. JAYME, *op. cit.*, p. 11 ss.

¹⁰¹ In questo senso v. S.M. CARBONE, *op. cit.*, p. 78 ss., il quale evidenzia tuttavia talune criticità interpretative dell'art. 6 della Convenzione.

¹⁰² Con riferimento al principio di buona fede come criterio di interpretazione della Convenzione di Vienna, v. C.M. BIANCA, *La posizione del venditore*, in A.A. V.V., *La vendita internazionale. La Convenzione di*

paragrafo 1 dell'art. 7 emerge quindi come nell'interpretazione della Convenzione non si possa tener conto dei criteri interpretativi nazionali, ma piuttosto deve aversi riguardo al carattere internazionale della stessa¹⁰³. Tale assunto assume rilevanza nell'opera interpretativa delle singole norme e, in particolare, ai fini della presente indagine, della disciplina in tema di difetto di conformità del bene al contratto.

Il carattere transnazionale che deve assumere l'opera ermeneutica è confermato anche dal paragrafo 2 dell'art. 7, il quale sancisce che, anche laddove la questione giuridica non sia espressamente regolata dalla Convenzione, essa deve essere risolta non in base al diritto nazionale, ma alla luce dei principi fondanti della Convenzione, e, solo in ultima battuta, in base al diritto internazionale privato.

6.1. *La disciplina del difetto di conformità del bene al contratto dettata dalla Convenzione di Vienna*

La Convenzione di Vienna detta una disciplina pressoché completa del difetto di conformità del bene al contratto¹⁰⁴; disciplina che è stata mutuata, con alcune modifiche, dalla direttiva 1999/44/CE, che rinviene nella Convenzione la sua diretta fonte ispiratrice¹⁰⁵.

Ai fini di un'analisi compiuta dell'aspetto che più rileva nel presente elaborato, ovvero gli stati soggettivi dell'acquirente, appare doverosa una breve disamina in ordine alla disciplina del difetto di conformità introdotta dalla Convenzione.

Tale disciplina è regolata alla Sezione II della Convenzione, rubricata “*Conformità dei beni e pretese dei terzi*”, che si estende dall'art. 35 all'art. 44. Al profilo rimediabile,

Vienna dell'11 aprile 1980, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980), cit., p. 144 s.; A. RIZZIERI, *op. cit.*, p. 57, il quale osserva come tale principio sia applicabile anche in sede di interpretazione e di esecuzione del contratto.

¹⁰³ V. sul punto S.M. CARBONE, *op. cit.*, p. 84 ss., il quale osserva come, sotto il profilo interpretativo, sia emerso il principio di autonomia dell'opera interpretativa delle norme di matrice internazionale, in base al quale si vuole evitare il fenomeno della “nazionalizzazione” di queste; sul punto, v. altresì A. RIZZIERI, *op. cit.*, p. 55 s.

¹⁰⁴ V. in questo senso F. FERRARI, *La vendita internazionale. Applicabilità ed applicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Padova, Cedam, 2006, p. 245 s.

¹⁰⁵ In questo senso v. V. LAROSA, sub art. 1519-ter, *Commento al comma 3*, in A.A.V.V., *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., p. 209, nt. 3; E. FERRICELLI, sub art. 1519 ter, 3° comma, in *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. PATTI, Milano, Giuffrè, 2004, p. 138; S. TROIANO, *op. cit.*, p. 97 s.

In particolare, viene evidenziato in dottrina che la direttiva 1999/44/CE ricava la nozione di difetto di conformità al contratto proprio dall'art. 35 della Convenzione di Vienna (v. I. SCHWENZER – P. HACHEM, *op. cit.*, p. 461 s.).

dettato in generale per l'inadempimento di ogni obbligazione del venditore, è dedicata invece la Sezione III, comprensiva degli articoli da 45 a 52.

Di fondamentale importanza ai fini della nozione di difetto di conformità è l'art. 35, che ripropone, nella sostanza, quanto già previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1964¹⁰⁶. Al primo paragrafo, tale disposizione indica i requisiti "soggettivi" di conformità del bene al contratto: il venditore è tenuto a consegnare al compratore i beni della quantità, qualità, del tipo e con l'imballaggio previsti dal contratto. Il paragrafo 2, invece, detta i criteri che oggi sarebbero definiti come "oggettivi", ovvero i c.d. criteri presuntivi di conformità al contratto¹⁰⁷: ove non sia previsto diversamente dal contratto, invero, i beni si considerano conformi se sono idonei all'uso cui sono destinati beni dello stesso tipo, se sono conformi allo specifico uso portato a conoscenza del consumatore, se posseggono le qualità del campione o modello presentato dal venditore e se sono imballati come abitualmente vengono imballati beni dello stesso tipo.

Inoltre, la Convenzione introduce una nozione unitaria di difetto di conformità: il difetto non consiste solo nel vizio in senso tecnico, ma altresì nella mancanza di qualità e, secondo la maggioranza della dottrina, anche nell'ipotesi di *aliud pro alio*¹⁰⁸.

Il difetto di conformità deve sussistere, ai sensi dell'art. 36, al momento del passaggio del rischio al compratore: quest'ultimo è tenuto ad un esame del bene al momento della consegna, da effettuare nel più breve tempo possibile, ai sensi dell'art. 38. Tale esame è funzionale alla denuncia del vizio, che deve essere effettuata dall'acquirente, a pena di esclusione dai rimedi previsti ove il bene presenti un difetto di conformità, entro un termine ragionevole a partire dal momento della scoperta o da quando avrebbe dovuto scoprire il difetto, ai sensi dell'art. 39.

¹⁰⁶ In questo senso v. C.M. BIANCA, sub art. 35, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario coordinato da C.M. BIANCA, in *Nuove l. civ. comm.* 1989, p. 146.

¹⁰⁷ Secondo C.M. BIANCA, sub art. 35, cit., p. 147 s., i criteri individuati al paragrafo 2 dell'art. 35 devono considerarsi come suppletivi, ovvero applicabili solo in mancanza di una determinazione contrattuale; in quest'ottica si pone anche F. FERRARI, *op. cit.*, p. 258 s., il quale ritiene tali requisiti sempre derogabili in quanto la norma che li detta è una norma dispositiva: la validità di tale deroga tuttavia è regolata dalla legge nazionale, individuata dal diritto privato internazionale, poiché la Convenzione non si occupa della validità del contratto e delle sue clausole.

¹⁰⁸ In questo senso v. F. FERRARI, *op. cit.*, p. 252 ss.; L. CABELLA PISU, *La «mancanza di conformità»: il modello della Convenzione e la tradizione giuridica italiana*, in A.A. V.V., *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, cit., p. 362; 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, p. 264; E. JAYME, *op. cit.*, p. 45; cfr. altresì G. COTTINO, *La posizione del compratore*, in A.A. V.V., *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, cit., p. 157; A. RIZZIERI, *op. cit.*, p. 67.

Tuttavia, secondo C.M. BIANCA, sub art. 35, cit., p. 147, seppur la Convenzione introduca una nozione unitaria di difetto di conformità, sembrerebbe doversi escludere che vi rientri anche l'ipotesi di *aliud pro alio*.

Sotto il profilo rimediale, a tutela del compratore in caso di difetto di conformità si pongono innanzitutto i rimedi generali previsti per l'inadempimento del venditore¹⁰⁹: il compratore può dunque chiedere la risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 49, nonché l'esatto adempimento ai sensi dell'art. 46, par. 1. Vi sono tuttavia talune norme che fanno espresso riferimento ai rimedi del compratore nell'ipotesi in cui i beni non siano conformi al contratto. In particolare, l'art. 46, par. 2, sancisce che l'acquirente può richiedere all'alienante la sostituzione del bene, se il difetto di conformità costituisce un inadempimento essenziale, purché tale richiesta sia fatta al momento della denuncia del vizio o entro un termine ragionevole da tale momento. Al paragrafo successivo, viene precisato altresì che il compratore può richiedere la riparazione del bene, salvo che, avuto riguardo alle circostanze, tale pretesa risulti irragionevole e sempreché sia effettuata al momento della denuncia del vizio o entro un termine ragionevole da tale momento. Infine, il compratore ha a disposizione l'azione di riduzione, secondo quanto statuito dall'art. 50.

Per quanto attiene alla natura della responsabilità del venditore in caso di difetti di conformità, dalla disciplina dettata dalla Convenzione, emerge come la difformità del bene al contratto si sostanzia in un inadempimento di un'obbligazione in capo al venditore, ovvero dell'obbligazione di consegna del bene conforme al contratto, ponendosi così in contrasto con il modello romanistico della garanzia per vizi¹¹⁰.

Tale considerazione emerge in primo luogo dal tenore letterale dell'art. 35, par. 1, il quale esordisce con l'espressione «Il venditore *deve* consegnare beni [...]», per poi elencare i requisiti di conformità che deve possedere il bene venduto.

In secondo luogo, emerge dalla collocazione sistematica dei rimedi contro il difetto di conformità nella Sezione III della Convenzione, la quale è rubricata “*Rimedi per l'inadempimento del venditore*”.

In terzo luogo, la Convenzione prevede che il compratore, a fronte del difetto di conformità del bene al contratto, possa sempre agire con i rimedi generali per l'inadempimento, quali la risoluzione e l'esatto adempimento del contratto, oltreché con gli altri rimedi previsti specificamente per la presenza di difetti nel bene, come la sostituzione,

¹⁰⁹ Che oltre ai rimedi specifici previsti in caso di difformità del bene al contratto, il compratore possa agire anche in adempimento e in risoluzione lo sostiene altresì G. COTTINO, *op. cit.*, p. 156 s.; E. JAYME, *op. cit.*, p. 45 s.; cfr. altresì L. CABELLA PISU, *La «mancanza di conformità»: il modello della Convenzione e la tradizione giuridica italiana*, cit., p. 362; F. FRATTINI, sub art. 38, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario coordinato da C.M. BIANCA, cit., p. 171.

¹¹⁰ Cfr. sul punto C.M. BIANCA, sub art. 35, cit., p. 146 s.; G. COTTINO, *op. cit.*, p. 156.

Ritiene che dalla difformità dei beni al contratto derivi l'inadempimento del venditore, altresì C.M. BIANCA, *La posizione del venditore*, cit., p. 139 s.; L. CABELLA PISU, *La «mancanza di conformità»: il modello della Convenzione e la tradizione giuridica italiana*, cit., p. 360 s.

la riparazione del bene e la riduzione del prezzo¹¹¹. Peraltro, che il difetto di conformità configuri un inadempimento del venditore si ricava altresì dall'art. 46, par. 2, il quale espressamente sancisce che il compratore può richiedere la sostituzione del bene «se il difetto di conformità costituisce un *inadempimento essenziale*».

6.2. *L'art. 35, ultimo paragrafo: la rilevanza attribuita dalla Convenzione di Vienna agli stati soggetti del compratore*

L'aspetto più rilevante della disciplina dettata in tema di conformità del bene al contratto, ai fini del presente elaborato, attiene alla rilevanza che la Convenzione di Vienna attribuisce agli stati soggetti del consumatore.

Tale rilievo viene attribuito dall'art. 35, ultimo paragrafo, il quale sancisce l'esclusione della responsabilità del venditore ove il consumatore fosse a conoscenza o non avesse potuto ignorare i difetti di conformità di cui al paragrafo 2 della medesima disposizione, al momento della conclusione del contratto¹¹².

La formula impiegata dall'art. 35, comma 3, per quanto generica, abbisogna di essere oggetto di un'opera interpretativa, che tuttavia deve essere condotta avendo riguardo al carattere internazionale della normativa, così come sancisce l'art. 7, par. 1, della Convenzione.

Per quanto attiene all'ipotesi di esclusione della responsabilità del venditore che si verifica in caso di conoscenza del difetto da parte del compratore, essa non pone particolari difficoltà sul piano ermeneutico. Cosa si debba intendere per “conoscenza” del difetto può trarsi dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale operata dagli Stati che già prevedono questo tipo di esimente della responsabilità del venditore, senza tradire il carattere internazionale dell'opera interpretativa.

Per quanto attiene invece all'ipotesi di esclusione della responsabilità per difetto di conformità nel caso di semplice conoscibilità del difetto da parte del compratore, anch'essa assurge ad espressione di un principio comune a diversi Stati, seppur esso si declini diversamente in base ai particolarismi nazionali, che necessitano, tuttavia, di essere ricondotti ad unità, nell'opera interpretativa della Convenzione.

Partendo da una analisi della lettera della disposizione, essa sancisce che non v'è responsabilità del venditore nel caso in cui l'acquirente non abbia potuto ignorare il difetto,

¹¹¹ V. *supra*, nt. 109.

¹¹² Ai sensi dell'art. 35, ultimo comma, invero, «*Il venditore non è responsabile, ai sensi delle lettere da (a) a (d) del paragrafo precedente, per un difetto di conformità dei beni che il compratore, al momento della conclusione del contratto, conosceva o non avrebbe potuto ignorare*».

ovvero, nella versione inglese, quando egli «*could not have been unaware of such lack of conformity*».

Dal dato letterale, dunque, emerge come la Convenzione non impieghi il termine “ragionevolezza” come parametro cui ancorare la conoscibilità del difetto, termine invece impiegato in altre disposizioni della Convenzione, con la funzione di criterio interpretativo delle dichiarazioni e dei comportamenti delle parti, ai sensi dell’art. 8, par. 2, della Convenzione. Secondo la disposizione da ultimo citata, invero, ove non sia applicabile il criterio dell’intenzione delle parti per l’interpretazione del contratto, «le dichiarazioni e gli altri comportamenti di una parte devono essere interpretati secondo il senso che avrebbe ad essi attribuito una *persona ragionevole della stessa qualità dell’altra parte, nelle medesime circostanze*». Dalla tale disposizione emerge dunque un criterio interpretativo di tipo soggettivo: la persona “ragionevole” è colei che si comporta come tale alla luce non solo delle circostanze di carattere oggettivo, ma anche delle proprie qualità personali¹¹³.

In tema di difetto di conformità, viene impiegata la nozione di ragionevolezza, intesa come criterio interpretativo del contratto, dall’art. 35, par. 2, lett. b)¹¹⁴, in base al quale i beni si presentano come conformi al contratto ove siano «idonei allo specifico uso esplicitamente o implicitamente portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto, salvo che le circostanze mostrino che il compratore non ha fatto affidamento sulla competenza o sulla capacità di valutazione o che non era *ragionevole* farlo da parte sua».

Il criterio della ragionevolezza, ad ogni modo, viene impiegato anche come parametro di valutazione per il comportamento del compratore¹¹⁵: a titolo di esempio, nell’ambito della disciplina del difetto di conformità, l’art. 39, par. 2, prescrive che il compratore debba denunciare il difetto entro un termine ragionevole.

Nelle ipotesi in cui la ragionevolezza assume la funzione di canone di condotta, è stato osservato dalla dottrina¹¹⁶ come essa debba essere valutata in senso oggettivo, in senso analogo alla figura del “*reasonable man*” elaborata dalla giurisprudenza anglosassone: “l’uomo ragionevole” è colui che agisce con una condotta equilibrata, che corrisponde, negli ordinamenti di *civil law*, alla condotta caratterizzata dalla diligenza ordinaria¹¹⁷, valutabile alla luce delle circostanze concrete di tipo oggettivo.

¹¹³ V., sul punto, F. BERLINGIERI, *Lo standard del «reasonable man»*, in A.A. V.V., *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell’11 aprile 1980, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, cit., p. 329 e 334.

¹¹⁴ V. ID., *op. cit.*, p. 329 s.

¹¹⁵ V., in ordine a tutte le ipotesi descritte, ID., *op. cit.*, p. 330 s.

¹¹⁶ In questo senso, v. F. BERLINGIERI, *op. cit.*, p. 335 s.

¹¹⁷ Cfr. S. TROIANO, *op. cit.*, p. 103.

E nella maggior parte dei casi, i contraenti cui si applica la Convenzione, salvo quanto disposto dall'ultima parte dell'art. 2, lett. a), sono soggetti avvezzi al commercio: per tale ragione la valutazione della condotta del compratore non potrebbe esimersi dal tenere in considerazione la qualità di commerciante.

Tuttavia, come pocanzi anticipato, l'art. 35, par. 3, non fa espressamente riferimento al criterio della ragionevolezza: si potrebbe pertanto sostenere che, ove il legislatore avesse voluto farvi riferimento, lo avrebbe espressamente menzionato, come peraltro è stato fatto in numerose altre norme della Convenzione.

D'altra parte, la stessa formulazione dell'art. 35, par. 3, non sembra richiamare un dovere in capo al compratore di adeguarsi ad un certo modello di comportamento: la formula impiegata da tale norma, ovvero «*could not have been unawer of*», diverge da quella impiegata, ad esempio, all'art. 39, par. 2, il quale, facendo riferimento alla conoscibilità del difetto, impiega la seguente espressione «*ought to have*». Tale seconda espressione sembra invero richiamare una sorta di dovere in capo al compratore in ordine alla scoperta del difetto; mentre la prima si riferisce piuttosto alla oggettiva possibilità in capo al compratore di conoscere o meno il difetto¹¹⁸.

Diversamente, alla luce di un'interpretazione sistematica, si potrebbe sostenere che la nozione di ragionevolezza, impiegata in molteplici norme della Convenzione, sia assumibile come *standard* di carattere generale a cui parametrare ogni comportamento delle parti contrattuali. In quest'ottica, il paragrafo 3 dell'art. 35 deve essere interpretato collegando l'ignoranza del difetto alla ragionevolezza di tale condotta¹¹⁹.

Questo tipo di interpretazione si rende viepiù necessaria, ove manchi altro parametro espresso cui ancorare il comportamento del compratore, il quale vede esclusa ogni tutela a fronte di un difetto di conformità non solo in ordine ai vizi effettivamente conosciuti, ma altresì per quelli che avrebbe potuto conoscere.

Risolta in questo senso la questione in ordine al criterio da impiegare per valutare la conoscibilità o meno del difetto, si apre una questione differente legata al grado di diligenza cui ancorare la ragionevolezza. La soluzione a tale quesito va valutata alla luce dell'attività svolta dai contraenti: essi, normalmente, rivestono entrambi la qualifica di commercianti e, per tale ragione, vantano una posizione di parità contrattuale. In

¹¹⁸ Secondo parte della dottrina, tuttavia, la differenza tra le due formule si rinviene nel grado di diligenza richiesto in capo al soggetto: la formula indicata nell'art. 35, ultimo paragrafo, indicherebbe un grado di diligenza minimo; quella indicata nell'art. 39, par. 2, indicherebbe un grado di diligenza più elevato (v. S. TROIANO, *op. cit.*, p. 100 s. e nt. 46).

¹¹⁹ In questo senso v. S. TROIANO, *op. cit.*, p. 98 s., il quale osserva come il criterio della ragionevolezza sia da molti considerato come principio generale insito nella Convenzione di Vienna.

Parla di «ragionevole possibilità di conoscere i difetti dei beni» C.M. BIANCA, sub *art. 35*, cit., p. 150.

quest'ottica, potrebbe ritenersi che la Convenzione abbia voluto riferirsi ad un livello di diligenza quanto meno ordinario, alla luce dell'attività professionale del compratore, in relazione alle circostanze della singola vendita¹²⁰.

Le due ipotesi normative di esclusione della responsabilità per vizi sono accomunate, secondo una parte dei commentatori della Convenzione, dalla medesima *ratio*: la conoscenza o la conoscibilità del difetto da parte del compratore comporta l'accettazione del bene nello stato in cui si trova e la conseguente determinazione della prestazione contrattuale¹²¹.

A ben vedere, però, non può non essere attribuito un certo rilievo anche al principio di buona fede, previsto come criterio di carattere generale di interpretazione delle norme della Convenzione, ai sensi dell'art. 7. Tale principio, come osservato in dottrina¹²², permea in realtà ogni aspetto della vicenda contrattuale. Pertanto, sembra non del tutto privo di fondamento l'assunto per cui quantomeno la conoscenza del difetto trovi il proprio fondamento nell'esigenza che il compratore tenga una condotta caratterizzata da buona fede¹²³: se invero egli era a conoscenza dei vizi, al momento della conclusione del contratto, integra una condotta contraria al principio di buona fede quella di azionare ugualmente i rimedi per l'inadempimento.

6.3. Differenze e analogie tra la disposizione di cui all'art. 35, par. 3, della Convenzione, l'art. 1491 c.c. e l'art. 2, par. 3, della Direttiva 1999/44/CE

L'esimente della responsabilità del venditore per difetto di conformità contemplata all'art. 35, ult. par., della Convenzione riflette, sul piano internazionale, il principio di origine romanistica, già elaborato da diversi ordinamenti nazionali.

¹²⁰ Che la qualità di commercianti delle parti possa essere strumentale alla determinazione del criterio della "ragionevolezza" è sostenuto da S.M. CARBONE, *op. cit.*, p. 68 s.

Secondo C.M. BIANCA, sub *art. 35*, cit., p. 150, la conoscibilità del difetto va parametrata alla possibilità di effettuare un esame "normale" per il determinato settore commerciale ove opera l'acquirente, tenuto conto delle circostanze concrete.

Si riferisce alla diligenza ordinaria altresì V. LAROSA, *op. cit.*, p. 217 s.

¹²¹ Cfr. sul punto C.M. BIANCA, sub *art. 35*, cit., p. 150; ID., *La posizione del venditore*, cit., p. 143; F. FERRARI, *op. cit.*, p. 265 ss.

¹²² Cfr. A. RIZZIERI, *op. cit.*, p. 57.

¹²³ C.M. BIANCA, *La posizione del venditore*, cit., p. 144 ss., osserva come il principio di buona fede può condurre a determinare il parametro di valutazione per il comportamento che una parte può "ragionevolmente" attendersi dall'altra.

In particolare, nell'ordinamento italiano, è stato già osservato come tale principio sia previsto all'art. 1491 c.c.¹²⁴: la regola descritta da quest'ultima disposizione tuttavia diverge da quella di cui all'art. 35, ultimo paragrafo, sotto almeno due profili.

In primo luogo, l'art. 1491 c.c., dopo aver affermato l'esclusione della garanzia in caso di conoscenza dei vizi da parte del consumatore, sancisce altresì che la garanzia non è dovuta nell'ipotesi in cui i vizi fossero "*facilmente riconoscibili*". Questa seconda espressione è stata interpretata, almeno da una parte della dottrina e della giurisprudenza, nel senso che il compratore è tenuto ad effettuare un esame del bene approssimativo, ovvero volto a rilevare quei vizi di immediata percezione¹²⁵. Invece, per quanto attiene ai vizi che il compratore "*non avrebbe potuto ignorare*", di cui all'art. 35, ultimo paragrafo, della Convenzione, sembra piuttosto doversi ritenere che siano tali i vizi rilevabili con un impiego di diligenza ordinaria del compratore, ovvero attraverso un esame più attento, rispetto a quello richiesto dall'art. 1491 c.c. Peraltro, tale lettura sembra anche rafforzata dalla considerazione che l'art. 35 non impiega alcun avverbio che qualifichi la conoscibilità del difetto, quale "*facilmente*", come invece si premura di fare il legislatore italiano. D'altra parte, una differente interpretazione rispetto a quella dell'art. 1491 c.c. appare giustificata, oltre che dal carattere prevalentemente professionale dei contraenti cui si applica la Convenzione, altresì dalla necessità che venga interpretato in chiave sovranazionale il diritto della Convenzione, non potendo essere invece condizionato dai criteri interpretativi nazionali.

Altra divergenza rilevabile attiene alla formulazione dell'ultima parte della disposizione di cui all'art. 1491 c.c., secondo il quale, ove i vizi fossero facilmente riconoscibili, il compratore mantiene il diritto alla garanzia per vizi se il venditore ha dichiarato l'assenza di vizi nel bene. Una norma di tal fatta non è rinvenibile nella Convenzione di Vienna. La dottrina tuttavia ha interpretato il paragrafo 3 dell'art. 35 nel senso che divengano irrilevanti sia la conoscenza che la conoscibilità del difetto a fronte di promesse e dichiarazioni del venditore in ordine all'assenza di vizi: tale considerazione deriva dalla circostanza che la volontà contrattuale è sempre preminente rispetto alle disposizioni di carattere suppletivo di cui all'art. 35, par. 2¹²⁶. Ed invero, l'art. 35, par. 3, si

¹²⁴ Cfr. G. COTTINO, *op. cit.*, p. 160, il quale, muovendo tuttavia dall'analisi dell'art. 38 della Convenzione, osserva come già nell'ordinamento interno e, in particolare, all'art. 1491 c.c., fosse previsto un onere di controllo del bene in capo all'acquirente. L'art. 38, par. 1, della Convenzione, tuttavia, presuppone che il bene sia già stato consegnato al compratore ed è funzionale solo alla determinazione del momento in cui decorre il termine per la denuncia del difetto al venditore (v. F. FRATTINI, *op. cit.*, p. 172 ss.)

¹²⁵ V. *supra*, nt. 85.

¹²⁶ Cfr. C.M. BIANCA, *sub art. 35, cit.*, p. 150.

riferisce esclusivamente ai criteri presuntivi di cui al par. 2, e non alle ipotesi di cui al paragrafo 1, che detta i criteri soggettivi di conformità¹²⁷.

Sotto questo profilo, emerge una prima differenza con la disciplina dettata sul piano comunitario dalla direttiva 1999/44/CE. Invero, se l'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE, è ispirato all'art. 35, ultimo paragrafo¹²⁸, ove sancisce che «Non vi è difetto di conformità ai sensi del presente articolo se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era a *conoscenza* del difetto o *non poteva ragionevolmente ignorarlo* [...]», è evidente come tale disposizione non restringa il campo di applicazione solo ai difetti di conformità elencati al paragrafo precedente, che detta per l'appunto i criteri presuntivi di conformità del bene al contratto, ma si riferisca a tutti i difetti di conformità.

Un ulteriore profilo di divergenza è apprezzabile in ordine all'impiego, da parte del legislatore europeo, dell'avverbio "ragionevolmente"¹²⁹: divergenza che tuttavia è destinata ad appianarsi ove si ritenga che anche l'art. 35, par. 3, della Convenzione abbia inteso riferirsi, seppur implicitamente, al parametro generale della ragionevolezza.

D'altra parte, differente è l'interpretazione che viene data al criterio della ragionevolezza nelle due ipotesi normative, in forza della diversa qualifica dei contraenti.

La direttiva 1999/44/CE si applica alle vendite tra consumatori e professionisti: i contraenti pertanto poggiano su una posizione di disparità contrattuale. Per tale ragione, non si richiede al consumatore l'impiego di una diligenza, nell'analisi del bene, parametrata alla propria attività professionale.

Diversamente, la Convenzione di Vienna, come già ribadito più volte, trova applicazione ove i contraenti siano commercianti, almeno nella maggior parte dei casi: la diligenza richiesta è quella che ordinariamente si richiede a colui che svolge una certa attività professionale¹³⁰.

Ad ogni modo, al di là delle differenze apprezzabili sul piano linguistico e interpretativo, dall'analisi fin qui svolta viene confermato come vi sia, non solo sul piano nazionale ma anche sovranazionale, un principio di carattere generale, che conferisce rilevanza agli stati soggettivi del compratore, ovvero alla conoscenza e alla conoscibilità del vizio, al momento della conclusione del contratto. Esso, d'altra parte, è stato attuato in modo differenziato, in base ai particolarismi nazionali o al campo di applicazione della normativa.

¹²⁷ Cfr. ID., sub art. 35, cit., p. 150; F. FERRARI, *op. cit.*, p. 259 s.

¹²⁸ V., in questo senso, S. TROIANO, *op. cit.*, p. 83.

¹²⁹ Cfr. S. TROIANO, *op. cit.*, p. 94 s.

¹³⁰ In un'ottica di comparazione tra l'art. 2, par. 3, e l'art. 35, ultimo paragrafo, v. V. LAROSA, *op. cit.*, p. 217 s.

LA RILEVANZA ATTRIBUITA AGLI STATI SOGGETTIVI DEL CONSUMATORE DALL'ART. 2, PAR. 3, DELLA DIRETTIVA 1999/44/CE: PROFILI PROBLEMATICI

SOMMARIO: 1. Gli aspetti censurabili della disposizione che fa dipendere da uno stato soggettivo del consumatore, rilevante al momento della conclusione del contratto, la possibilità di avvalersi dei rimedi previsti dalla disciplina consumeristica – 2. Le criticità ermeneutiche suscitate dal dettato letterale dell'art. 2, par. 3, della Direttiva 1999/44/CE – 2.1. La difficile opera di attuazione della disposizione di cui all'art. 2, par. 3: i profili di divergenza dell'art. 129, comma 3, del Codice del Consumo – 3. L'insanabile contrasto tra la natura della responsabilità del professionista ed il principio per cui la responsabilità del venditore dipende dagli stati soggettivi del consumatore – 4. La nozione omnicomprendensiva di "difetto di conformità" introdotta dalla Direttiva 1999/44/CE: l'applicabilità del principio ricavabile dall'art. 2, par. 3, anche all'ipotesi di mancanza di qualità promesse – 5. Le criticità applicative del principio che ancora al momento della conclusione del contratto la valutazione della conoscenza e conoscibilità del difetto, da parte del consumatore, al fine di escludere la responsabilità del professionista. Le ipotesi di vendita fuori dai locali commerciali, contratti a distanza e contratti di fornitura di beni di consumo da fabbricare e produrre.

1. Gli aspetti censurabili della disposizione che fa dipendere da uno stato soggettivo del consumatore, rilevante al momento della conclusione del contratto, la possibilità di avvalersi dei rimedi previsti dalla disciplina consumeristica

La tematica che conduce il filo argomentativo del presente elaborato attiene alla rilevanza degli stati soggettivi del consumatore, a fronte di un difetto di conformità, nella vendita *B-to-C*. In particolare, l'analisi di questa tematica prende le mosse dalla prima disposizione che sul piano del diritto comunitario ha riproposto quel principio per cui la conoscenza e la conoscibilità del difetto da parte del compratore escludono la responsabilità del venditore per i vizi nella cosa venduta, ovvero l'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE.

Tale disposizione ha suscitato, negli anni in cui è rimasta in vigore la direttiva da ultimo citata, diverse criticità sul piano ermeneutico ed applicativo, che sono state in gran parte sopite dalla disciplina dettata dalla nuova direttiva (UE) 2019/771. La disamina di tali criticità, tuttavia, è doverosa e finalizzata alla comprensione delle ragioni alla base della scelta del legislatore europeo di non riproporre la disposizione in esame nella nuova direttiva.

Il principio contemplato nella disposizione di cui all'art. 2, par. 3, seppur poteva trovare una giustificazione negli ordinamenti di carattere nazionale, è apparso fin da subito incompatibile con le peculiarità dell'ordinamento comunitario.

In primo luogo, la formulazione dell'art. 2, par. 3, ha sollevato diversi dubbi di carattere interpretativo, per lo più collegati alla individuazione del criterio cui ancorare la "ragionevole ignoranza" del difetto, con una conseguente disarmonia tra le normative nazionali di attuazione, che pur la direttiva mirava ad armonizzare.

In secondo luogo, il principio in base al quale la conoscenza o la conoscibilità del difetto esclude la responsabilità del venditore, in quanto ha origine nell'ambito di un modello di garanzia diverso da quello elaborato dalla direttiva europea, mal si concilia con quello comunitario, nel quale la responsabilità del venditore è qualificata come responsabilità per inadempimento dell'obbligazione della consegna di un bene conforme al contratto: dall'applicazione della disposizione di cui all'art. 2, par. 3, infatti, è derivato l'aggravamento della posizione del consumatore, rispetto a quella del creditore nel codice civile, in contrasto con la stessa *ratio* della direttiva, volta invece a tutelare il consumatore.

In terzo luogo, l'applicabilità dell'art. 2, par. 3, ad ogni forma di difetto, ha suscitato delle difficoltà di coordinamento con il principio del legittimo affidamento, soprattutto nell'ipotesi in cui il difetto si concretizza nella mancanza di qualità promesse. Invero, in mancanza di tali qualità previste contrattualmente, l'operare del principio che attribuisce rilievo alla conoscibilità del difetto al momento della vendita pregiudica il consumatore che fa affidamento nel contenuto contrattuale.

In ultimo luogo, la disposizione in esame è apparsa incompleta ove attribuisce rilevanza esclusivamente allo stato soggettivo del consumatore (conoscenza e conoscibilità del difetto) al momento della conclusione del contratto, senza operare alcuna distinzione tra l'ipotesi in cui la consegna sia contestuale alla vendita e l'ipotesi in cui sia invece successiva al momento del perfezionamento del contratto, e dunque il consumatore non abbia potuto effettivamente valutare la sussistenza dei difetti al momento della conclusione della vendita, lasciando dunque una lacuna normativa che è spettato all'interprete colmare.

2. *Le criticità ermeneutiche suscitate dal dettato letterale dell'art. 2, par. 3, della Direttiva 1999/44/CE*

Si è già visto come, seppur il principio secondo il quale la conoscenza e conoscibilità del difetto, da parte del compratore, escludono la responsabilità del venditore sia un principio di carattere generale, le normative che ne sono state espressione abbiano poi codificato tale principio in via differenziata.

Tale rilievo vale in particolar modo per quella parte della regola che ancora l'esclusione della garanzia per vizi alla conoscibilità del difetto: la Convenzione di Vienna ha sopito le differenziazioni nazionali impiegando la formula per cui il compratore "non avrebbe potuto ignorare" il difetto, ai sensi dell'art. 35, ult. paragrafo; espressione che, ad ogni modo, ha lasciato aperte differenti letture interpretative.

Le conseguenze di una interpretazione non univoca, d'altro canto, sono più gravi laddove la normativa miri ad armonizzare i diritti nazionali, come nel caso di una direttiva. In questo senso, particolari difficoltà ermeneutiche sono state suscitate dalla formulazione letterale dell'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE, con riguardo all'espressione "ragionevole ignoranza" del difetto, che, ai sensi della disposizione citata, esclude la responsabilità del professionista¹.

Secondo tale disposizione, invero, «Non vi è difetto di conformità ai sensi del presente articolo se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era a conoscenza del difetto o non poteva ragionevolmente ignorarlo, o se il difetto di conformità trova la sua origine in materiali forniti dal consumatore».

La disposizione contiene al suo interno due differenti norme, nelle quali rileva lo stato soggettivo del consumatore²: in primo luogo, il difetto di conformità non sussiste se il consumatore è a conoscenza del vizio; in secondo luogo, la responsabilità per difetti di conformità del professionista è parimenti esclusa ove il consumatore non avesse potuto ragionevolmente ignorare il difetto.

Per quanto attiene alla prima ipotesi, il fondamento dell'esclusione è quello già individuato per il principio di carattere generale per cui la conoscenza del vizio esclude la responsabilità del venditore: tralasciando la tesi per cui il bene viziato corrisponde al bene

¹ Cfr. S. TROIANO, *op. cit.*, p. 95 s., il quale osserva come l'impiego di un termine generico, quale "ragionevolezza", comporta il rischio di una attuazione differenziata della direttiva, in contrasto con la *ratio* di armonizzazione delle legislazioni nazionali.

² In realtà, la disposizione prevede altresì una terza ipotesi di esclusione della responsabilità del venditore, che tuttavia prescinde dallo stato soggettivo del consumatore: non v'è difetto di conformità neppure se tale difetto deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore.

effettivamente contrattato dalle parti³, che finisce per costituire una *fictionis iuris*⁴, si deve ricondurre la *ratio* della norma ai principi generali di buona fede e correttezza. Il consumatore, a conoscenza del difetto di conformità, che abbia ugualmente stipulato il contratto, senza formulare riserva alcuna, non è ammesso ad esercitare le azioni previste in caso di difetto di conformità, poiché l'esercizio di tali azioni contrasterebbe con il principio di buona fede e correttezza che regola i rapporti contrattuali⁵.

Per quanto attiene alla nozione di “conoscenza” del difetto, la dottrina, in senso per lo più conforme, la ravvisa nella semplice presa di cognizione del difetto da parte del consumatore, a prescindere dalle modalità e dai motivi dell'apprendimento. Appare quindi irrilevante che il consumatore abbia appreso dell'esistenza del difetto a seguito dell'esame, condotto personalmente, del bene, anteriormente o contestualmente alla vendita, ovvero che egli si sia servito dell'opera di un terzo, ad esempio un esperto, nell'analisi del bene, nonché che egli abbia ricevuto tali informazioni direttamente dal professionista al momento della stipula del contratto di compravendita⁶. Inoltre, l'effettiva conoscenza del difetto priva di rilevanza la circostanza che il difetto non sia oggettivamente rilevabile⁷.

Per quanto attiene alla *ratio* di cui alla seconda ipotesi di esclusione della responsabilità del professionista, anche in tal caso è possibile mutuare le considerazioni già avanzate nell'analisi del principio per cui il venditore non è tenuto a rispondere dei difetti conoscibili al compratore. Si è già detto che tale principio trova fondamento nel concetto di

³ In questo senso, in realtà, si era espressa la Relazione alla Proposta di direttiva del 1996 (COM (1995) 520 def. p. 11), secondo la quale: «Nel caso il consumatore conoscesse o non potesse ignorare [...] il difetto di conformità al momento dell'acquisto, non vi sarà [...] un difetto di conformità al contratto, poiché il consumatore avrà accettato il bene così com'è, e quest'ultimo sarà così “conforme al contratto”». Aderisce a questa posizione anche V. LAROSA, *op. cit.*, p. 210-212. In senso conforme, E. FERRICELLI, *op. cit.*, p. 131 s., il quale precisa come sia l'affidamento del consumatore nelle dichiarazioni del venditore sulle caratteristiche del bene a giustificare la responsabilità del professionista: affidamento che non sussiste ove il consumatore fosse a conoscenza o non avesse potuto ignorare il difetto. V. altresì S. TROIANO, *op. cit.*, p. 83 ss. e p. 93.

⁴ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 165 s., il quale critica la tesi secondo cui, a fronte della conoscenza dei vizi da parte del consumatore, possa dirsi inserita nel contratto, seppur in forma tacita, una clausola con la quale il difetto di conformità conosciuto caratterizzi la prestazione dovuta. Secondo l'A., infatti, da un lato, il venditore potrebbe non essere a conoscenza del vizio e dunque non può dirsi abbia espresso una volontà negoziale; dall'altro, neppure la conoscenza effettiva del difetto può assumere i connotati della volontà negoziale, dovendosi declinare in una forma di acquiescenza del consumatore.

⁵ Afferma che la tutela del consumatore dipende dal rispetto del dovere di correttezza e di solidarietà F. RUSCELLO, *Le garanzie post-vendita nella direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999*, in *Studium Iuris* 2001, p. 840.

⁶ Cfr. sul punto V. LAROSA, *op. cit.*, p. 213; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 164.

⁷ V. sul punto S. TROIANO, *op. cit.*, p. 93 s.

autoresponsabilità, in base alla quale il compratore è tenuto alla tutela dei propri interessi, a pena di esclusione dei mezzi di tutela a fronte di un vizio nel bene⁸.

Per certo non può ritenersi, come alcuni commentatori della direttiva hanno sostenuto, che tale ipotesi normativa sia sorretta dalla idea per cui il bene, così come nell'ipotesi di conoscenza del difetto, sia stato acquistato per come appare e dunque rientri nel programma contrattuale⁹: se nell'ipotesi di conoscenza del difetto il venditore avrebbe potuto non essere a conoscenza del difetto¹⁰, nell'ipotesi di mera conoscibilità, entrambe le parti contrattuali potrebbero non avere contezza dei vizi.

Al di là dell'individuazione del fondamento di tale norma, si è già accennato che i principali problemi di carattere ermeneutico suscitati dall'art. 2, par. 3, sono dipesi dall'interpretazione della formula impiegata dal legislatore europeo per descrivere l'ipotesi in cui il difetto sia conoscibile.

Rispetto alla formula impiegata dalla Convenzione di Vienna («*could not have been unaware of*»), il legislatore europeo ha inserito espressamente il criterio della ragionevolezza («*could not reasonably be unaware of*»)¹¹: differenza questa che, come già evidenziato, non appare di grande rilievo se si considera che la ragionevolezza è criterio che permea la Convenzione nel suo complesso.

La questione principale è stata, semmai, quella volta ad individuare se il criterio della ragionevolezza fosse traducibile in un certo grado di diligenza e, in caso di risposta positiva, a quale grado di diligenza occorresse connettere la conoscibilità del difetto.

Ciò che è indubbio è che la disposizione di cui all'art. 2, par. 3, ove si riferisce alla ragionevole ignoranza, presuppone un esame del bene da parte del consumatore. Il legislatore europeo, tuttavia, non ha qualificato il difetto come “riconoscibile” o “apparente”: concetti questi che avrebbero potuto guidare l'individuazione delle modalità della verifica da effettuare ai fini del disvelamento del vizio, come verifica di tipo superficiale e approssimativo del difetto, alla luce di quanto già prevede l'art. 1491 c.c.¹².

⁸ Così, parte della dottrina ha ravvisato nell'art. 2, par. 3, l'introduzione di una vera e propria “sanzione” per il comportamento del compratore che non ha impiegato la diligenza richiesta per la cura dei propri affari (G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 167). Cfr. tuttavia S. TROIANO, *op. cit.*, p. 92 s., il quale esclude che il concetto di sanzione sia compatibile con quello di “onere”, riconducibile invece al principio di autoresponsabilità (v. cap. I, nt. 72).

⁹ Cfr. V. LAROSA, *op. cit.*, p. 210-212; S. TROIANO, *op. cit.*, p. 83 ss.

¹⁰ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 165 s.

¹¹ Cfr. S. TROIANO, *op. cit.*, p. 94 s.

¹² Secondo parte della dottrina, tuttavia, l'espressione impiegata dalla direttiva potrebbe corrispondere alla nozione di “vizi facilmente riconoscibili”, impiegata all'art. 1491 c.c., ove ricollegata al criterio della diligenza minima (v. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 168, nt. 73).

Così, come nel caso della Convenzione di Vienna, in assenza di parametri specifici, la “conoscibilità” del difetto viene ancorata al parametro della diligenza, secondo una categoria conosciuta da diversi ordinamenti europei¹³.

Si è detto che l’art. 35, ultimo paragrafo, della Convenzione si riferisce ad una diligenza di grado ordinario, da connettersi all’attività svolta dal compratore: tale considerazione trova giustificazione nel campo applicativo della normativa, che non opera, almeno nella maggioranza dei casi, nell’ambito delle vendite *B-to-C*¹⁴. Diverso invece è il campo di applicazione della direttiva europea: essa si applica alle sole vendite *B-to-C*, ove il consumatore è normalmente in una condizione di inferiorità sotto il profilo della forza contrattuale e non possiede le competenze professionali del venditore.

Diversa è altresì la *ratio* della direttiva 1999/44/CE rispetto alla Convenzione di Vienna: la direttiva non si pone come obiettivo solo quello di uniformare il diritto degli Stati membri, ma altresì di fornire al consumatore un livello di tutela elevato¹⁵.

Del resto anche la Relazione alla Proposta di direttiva del 1996 non sembrava deporre per la necessità dell’impiego di una diligenza ordinaria nell’esame del bene, ma per l’idoneità di un esame piuttosto superficiale, data l’evidenza del vizio: viene invero precisato che il difetto che non si può ignorare è quel «*difetto chiaramente evidente presente nel bene che il consumatore ha esaminato prima dell’acquisto*»¹⁶.

Per tali ragioni, sembra coerente con il campo di applicazione e la *ratio* della direttiva riferirsi alla ragionevole ignoranza di cui all’art. 2, par. 3, come ad un’ignoranza che può essere superata con un esame approssimativo del bene, senza l’ausilio di esperti. Secondo tale disposizione, la diligenza che il consumatore deve impiegare, pertanto, è una diligenza minima, volta all’individuazione di difetti di immediata percezione¹⁷.

¹³ Che il criterio della diligenza sia parametro maggiormente conosciuto nell’ordinamento italiano rispetto a quello della ragionevolezza lo osserva S. TROIANO, *op. cit.*, p. 97.

¹⁴ Cfr. V. LAROSA, *op. cit.*, p. 217 s. V. altresì cap. I, nt. 120.

¹⁵ Posizione condivisa altresì da S. TROIANO, *op. cit.*, p. 104 s., 108 s., secondo il quale, alla luce della *ratio* della direttiva, non si può che ricollegare la “ragionevole ignoranza” ad un ad un impegno paragonabile a quello richiesto dall’art. 1491 c.c.

¹⁶ COM (1995) 520 def. p. 11.

¹⁷ V. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 168 s., il quale sostiene che la nozione di ragionevolezza deve essere interpretata in senso restrittivo. In particolare, i difetti che il consumatore non poteva ignorare, secondo l’A., sono esclusivamente quei «difetti evidenti, palesi, che emergono *ictu oculi* ovvero richiedano, per essere rilevati, nulla più che un esame rapido e sommario del bene condotto con un minimo di diligenza». Cfr. altresì S. TROIANO, *op. cit.*, p. 105 ss., 109, il quale, pur giungendo a riconoscere il medesimo livello di impegno richiesto in capo al consumatore nell’analisi del bene, sostiene che il concetto di “ragionevolezza” è un concetto estremamente elastico, che non può essere ancorato ad un determinato grado di diligenza, ma va valutato solo alla luce delle circostanze del caso concreto, nei limiti del rispetto della *ratio* della direttiva (v. anche *infra*, nt. 33).

In ordine all’interpretazione del testo della direttiva, prima dell’adozione della legge di attuazione, v. altresì V. LAROSA, *op. cit.*, p. 216.

Per altro verso, la formulazione dell'art. 2, par. 3, non chiarisce se la conoscibilità del difetto sia valutabile solo alla luce delle circostanze oggettive della vendita (natura del bene, luogo di conclusione del contratto, momento di perfezionamento del contratto) o se siano rilevanti altresì le caratteristiche personali del consumatore (età, minore o maggiore esperienza, conoscenze specifiche). Tuttavia, alla luce della *ratio* della direttiva, sembra potersi ritenere che il giudizio debba avere riguardo anche alle qualità del consumatore, al fine di tutelare il più possibile la posizione dello stesso, adeguando la norma al caso concreto¹⁸.

Già da questa prima analisi, emerge come la formulazione dell'art. 2, par. 3, conducesse a soluzioni interpretative differenziate e dunque alla possibilità di addivenire a diverse formule di attuazione della disposizione sul piano nazionale.

2.1. *La difficile opera di attuazione della disposizione di cui all'art. 2, par. 3: i profili di divergenza dell'art. 129, comma 3, del Codice del Consumo*

Il rischio di letture differenziate della disposizione in esame si è concretizzato con l'opera di attuazione della direttiva sul piano nazionale¹⁹.

Nell'ordinamento italiano si è tradotta la formula impiegata dalla direttiva, ovvero "ragionevole ignoranza", con una espressione che invece richiede in capo al consumatore una "ordinaria diligenza", ai sensi dell'art. 129, comma 3, del Codice del Consumo.

Il legislatore francese, invece, all'art. L. 211-8, del Codice del consumo, come modificato dall'art. 1 della *Ordonnance* n. 2005-136 del 17 febbraio 2005, ha fatto un generico riferimento ai difetti che il consumatore non poteva ignorare, epurando la conoscibilità dalla ragionevolezza, finendo, di tal guisa, per aderire al dettato letterale

¹⁸ Sostiene che i vizi che non possono essere ignorati dal consumatore, di cui all'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE, dovessero essere valutati alla luce delle circostanze concrete, nonché delle qualità personali dell'acquirente, G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 168 s. Cfr. sul punto altresì A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, cit., p. 265, secondo il quale spetta al giudice, nell'esercizio della sua discrezionalità, stabilire la rilevanza delle qualità personali dell'acquirente. In senso conforme, cfr. anche F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 846, 849. Nello stesso senso v. P. PAGANELLI, sub *art. 1519* ter, in *La vendita dei beni di consumo, Commentario breve agli artt. 1519-bis ss. c.c.*, a cura di C. BERTI, Milano, Giuffrè, 2004, p. 35.

Secondo, S. TROIANO, *op. cit.*, p. 118 ss., invece, avrebbero dovuto considerarsi irrilevanti le circostanze soggettive, per non frustrare le aspettative dei contraenti in ordine al modello di condotta di riferimento.

¹⁹ Cfr. sul punto S. TROIANO, *op. cit.*, p. 94 ss. e p. 97, il quale precisa che, al di là delle differenze lessicali tra le norme di attuazione dell'art. 2, par. 3, che si riscontrano nei diversi ordinamenti europei, è bene svolgere un'analisi relativa al contenuto delle diverse norme attuative che ben può, nella sostanza, essere corrispondente.

dell'art. 35 della Convenzione di Vienna²⁰. Allo stesso modo hanno operato il legislatore danese, al § 77b della legge sulla compravendita di beni mobili, modificata con l. n. 213 del 22 aprile 2002, e il legislatore finlandese con il § 12, comma 4, della legge “sulla protezione dei consumatori” n. 38 del 1978, così come modificata dalla legge n. 1258 del 19 dicembre 2001.

Il legislatore tedesco, invece, ha ancorato la conoscibilità del difetto alla diligenza minima²¹, sancendo, al § 442 BGB, modificato dalla legge di riforma del diritto delle obbligazioni del 2001, che solo in caso di grave negligenza dell'acquirente sarebbe stata esclusa la garanzia per vizi²².

Il codice civile austriaco, in seguito all'entrata in vigore della direttiva 99/44, ha mantenuto invece invariato il § 928 del ABGB, secondo il quale il venditore non risponde dei vizi del bene ove questi siano manifesti.

In sede di attuazione, invece, ha riprodotto quasi pedissequamente la lettera della direttiva il legislatore belga, al § 3 dell'art. 1649^{ter} del codice civile, così come modificato dalla legge di attuazione della direttiva: il difetto di conformità non sussiste ove il consumatore fosse a conoscenza o non potesse ragionevolmente ignorare il vizio, al momento della conclusione del contratto. Identica scelta legislativa è stata operata nei Paesi Bassi, con l'art. 17, comma 5, del codice civile, Libro VII, come modificato dalla legge di attuazione della direttiva, nonché in Spagna, all'art. 3, comma 3, della legge n. 23 del 2003, “Sulle garanzie nella vendita di beni di consumo”²³.

Per quanto attiene all'attuazione operata in Italia, si è già detto che il legislatore italiano si è discostato dal dettato letterale della direttiva, sancendo, all'art. 129, comma 3, del Codice del Consumo, che «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*».

Fin da subito, tale ultima disposizione ha sollevato diverse critiche, in quanto non collocabile in uno stadio di continuità con la norma di cui all'art. 2, par. 3, della direttiva,

²⁰ V. l'art. 211-8 del *Code de la consommation*, secondo il quale «*L'acheteur est en droit d'exiger la conformité du bien au contrat. Il ne peut cependant contester la conformité en invoquant un défaut qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer lorsqu'il a contracté*».

²¹ V., sul punto, S. TROIANO, *op. cit.*, p. 95.

²² V. § 442, comma 1°, parte seconda, BGB, secondo il quale «*Die Rechte des Käufers wegen eines Mangels sind ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat*».

²³ Per una panoramica dell'opera di attuazione della direttiva 1999/44/CE in diversi Stati membri, v. A.A. V.V., *Le garanzie post-vendita sui beni in Europa*, Roma, Ministero dello Sviluppo Economico, 2006, p. 99 ss.

nonché con l'art. 1491 c.c.²⁴: invero, né l'art. 2, par. 3, della direttiva, né la disposizione civilistica parametrano la conoscibilità del difetto ad una diligenza di grado medio, richiesta invece dal codice del consumo²⁵.

Fermandosi, dunque, al dato letterale, l'art. 129, comma 3, cod. cons., per come è stato formulato, è stato oggetto di almeno due osservazioni critiche.

In primo luogo, si è osservato come esso operasse un aggravio della posizione del consumatore rispetto alla direttiva europea, che invece sembrava richiedere un grado di diligenza minima nell'analisi del bene: tale operazione di attuazione dunque si è posta in contrasto non solo con la *ratio* della direttiva, volta a rafforzare la tutela del consumatore²⁶, ma altresì con l'art. 8, comma 2²⁷, della direttiva, secondo il quale gli Stati membri possono imporre norme più rigorose, rispetto a quelle della direttiva, solo per innalzare il livello di tutela del consumatore. La direttiva 1999/44/CE è infatti una direttiva di armonizzazione minima, in base alla quale gli Stati membri hanno facoltà di derogare alla lettera della normativa, ma solo in senso favorevole al consumatore.

In secondo luogo, è stato sottolineato come la disposizione in esame comportasse un ingiustificato appesantimento della posizione del consumatore rispetto a quella dell'acquirente-professionista. Invero, se a concludere il contratto di compravendita fossero stati due professionisti, avrebbe trovato applicazione l'art. 1491 c.c., che sancisce come a rilevare siano i vizi facilmente riconoscibili, cioè rilevabili con un esame superficiale del bene. Se invece il venditore fosse stato un professionista e l'acquirente un consumatore, quest'ultimo sarebbe stato tenuto all'impiego di una diligenza ordinaria nell'analisi del bene, ovvero ad un esame attento e non approssimativo, volto al disvelamento di quei vizi, rilevabili con l'attenzione del buon padre di famiglia²⁸.

²⁴ Cfr. V. LAROSA, *op. cit.*, p. 214, 216. Secondo P. PAGANELLI, *op. cit.*, p. 35, tuttavia, la diligenza richiesta dalla disposizione avrebbe dovuto ritenersi assimilabile a quella di cui all'art. 1491 c.c., proprio al fine di evitare differenze ingiustificate tra diversi settori normativi.

²⁵ In realtà, né l'art. 2, par. 3, della direttiva, né l'art. 1491 c.c., richiama espressamente il criterio della "diligenza", che tuttavia viene impiegato nell'opera interpretativa di tali disposizioni, al fine di individuare un parametro cui ancorare la condotta dell'acquirente. Sul punto v. S. TROIANO, *op. cit.*, p. 97, secondo il quale l'impiego del criterio della diligenza da parte del legislatore italiano che ha attuato la direttiva è mosso dalla volontà di adeguare la formula della direttiva ad una categoria conosciuta dall'ordinamento italiano, propria degli ordinamenti di *civil law* (v. *supra*, nt. 13).

²⁶ In tal senso critico nei confronti della legge di attuazione V. LAROSA, *op. cit.*, p. 216.

²⁷ Cfr. altresì S. TROIANO, *op. cit.*, p. 110, il quale, oltre alla frustrazione della *ratio* della direttiva, sottolinea come in tale prospettiva si configurerebbe altresì una palese violazione del dovere di attuazione conforme da parte del legislatore italiano.

²⁸ Vedi il rilievo di S. TROIANO, *op. cit.*, p. 104; v. altresì V. LAROSA, *op. cit.*, p. 219 s., il quale, peraltro, accosta la nozione di diligenza media a quella del buon padre di famiglia (v. p. 214). Afferma che la diligenza del buon padre di famiglia sia ravvisabile nel grado medio di diligenza anche C.M. BIANCA, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1990, ristampa aggiornata 2019, p. 91.

Abbandonando tuttavia un'interpretazione di carattere letterale, per abbracciare un'interpretazione sistematica, che tenga in considerazione anche l'obbligo di interpretazione conforme, è stato possibile giungere ad una soluzione differente, più coerente alla *ratio* e alla lettera della direttiva europea.

Per effettuare tale operazione ermeneutica, è stato necessario interpretare l'espressione "diligenza ordinaria" alla luce del contesto normativo nel quale essa è impiegata.

Non sempre nell'ordinamento italiano, infatti, tale espressione è stata utilizzata per indicare la diligenza del buon padre di famiglia, ma ben è stato ravvisato dalla dottrina²⁹ che di essa ne è stata fatta anche una applicazione attenuata, che, nella valorizzazione delle circostanze del caso concreto, ha condotto a richiedere in capo al soggetto chiamato a tenere una certa condotta una diligenza che, in sostanza, equivale alla diligenza minima. Questo, ad esempio, è quanto è avvenuto nell'interpretazione dell'art. 1227, comma 2, c.c.³⁰, secondo il quale «*il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*»: con riferimento a questa ipotesi normativa la giurisprudenza di legittimità³¹ ha chiarito che il creditore può essere chiamato ad una condotta attiva volta ad evitare il danno, che tuttavia si concretizzi esclusivamente in una attività personale agevole, accompagnata da un limitato sacrificio economico, dovendosi escludere in capo al danneggiato il dovere di compiere una attività eccezionale e tanto gravosa da implicare rischi elevati e sacrifici rilevanti, in relazione alle circostanze del caso concreto.

A ben vedere, è proprio la valorizzazione delle circostanze concrete, tra le quali le qualità personali del compratore, che può rendere "giustizia" alla sua posizione di contraente debole rispetto al professionista e dunque garantire il rispetto della *ratio* della direttiva³². D'altro canto, parte della dottrina ha osservato come l'espressione impiegata

In ordine alla nozione di "buon padre di famiglia", v. M. GIORGIANNI, voce *Buon padre di famiglia*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino 1958, p. 596 ss.

²⁹ V., sul punto, S. TROIANO, *op. cit.*, p. 110 s.

³⁰ Secondo ID., *op. cit.*, p. 91 s. e 111 s., tuttavia, la fattispecie delineata dall'art. 1227, comma 2, c.c. si distingue da quella elaborata dall'art. 129, comma 3, cod. cons.: la prima impone in capo al danneggiato un dovere di evitare l'aggravarsi delle conseguenze dannose, in base al più generale principio di buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali; l'art. 129, comma 3, cod. cons., invece, impone al consumatore solo un onere nell'analisi del bene, alla luce del principio di autoresponsabilità (v. cap. I, nt. 72).

³¹ In questi termini, cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 14 maggio 1997, n. 4232; Cass. civ., sez. III, 11 febbraio 2005, n. 2855; Cass. civ., sez. I, 17 maggio 2006, n. 11498.

³² Cfr., sul punto, G. DE CRISTOFARO-A. ZACCARIA, *La vendita dei beni di consumo*, Padova, Cedam, 2002, p. 55, secondo i quali «se si vuole rimanere conformi allo spirito della Direttiva, l'ordinaria diligenza del consumatore nel verificare l'eventuale presenza di difetti andrà valutata tenendo conto anche delle sue conoscenze e delle sue qualità personali».

dal Codice del consumo, ovvero “diligenza ordinaria”, non necessitasse di essere declinata in “diligenza minima”, ove si avesse riguardo alle caratteristiche del compratore, il quale, in quanto consumatore, sarebbe stato tenuto, già per la sua qualifica, ad effettuare un esame in linea con le proprie conoscenze tecniche, generalmente inferiori rispetto a quelle del professionista³³.

Dalle considerazioni appena svolte, emerge come la formulazione dell’art. 2, par. 3, abbia lasciato spazio a differenti interpretazioni, che si sono poi riflesse nelle formulazioni testuali delle disposizioni nazionali di recepimento, frustrando l’obiettivo di armonizzazione del diritto degli Stati membri in tema di conformità del bene al contratto. In secondo luogo, appare evidente come l’interpretazione che della disposizione della direttiva ha fatto il legislatore italiano, in sede di attuazione, abbia contribuito, ove non si opti per una interpretazione di carattere sistematico, a vanificare l’obiettivo di garantire un alto livello di tutela del consumatore, ove si impone in capo a quest’ultimo un grado di impegno superiore rispetto a quello effettivamente richiesto dalla direttiva.

³³ Cfr. S. TROIANO, *op. cit.*, p. 115 ss., 128, il quale precisa tuttavia che una valutazione in concreto non implica che debbano essere prese in considerazione anche le qualità personali del singolo consumatore: questi è inteso dall’A. come “categoria” dotata di talune peculiarità intrinseche, che già vengono prese in considerazione a monte, nella definizione del modello cui deve parametrarsi il suo impegno nell’analisi del bene, al fine di individuare i difetti conoscibili. Così, se il consumatore è, per la sua stessa qualifica, in una posizione di inferiorità, sia per forza contrattuale che per informazioni possedute, rispetto al professionista, allo stesso non si potrà richiedere un’analisi accurata del bene, senza tradire la *ratio* della direttiva. In altri termini, l’art. 129, comma 3, cod. cons., riferendosi alla diligenza ordinaria, richiama un parametro in base al quale deve essere valutato il comportamento di una determinata categoria di contraente, ovvero il consumatore, al quale non si può che richiedere un impegno assimilabile a quello individuato all’art. 1491 c.c.

Ritiene che non dovessero essere prese in considerazione le circostanze soggettive del caso concreto, a tutela del ragionevole affidamento del professionista in ordine alla conoscenza o conoscibilità del difetto da parte del consumatore, anche F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, 2, Milano, Giuffrè, 2004, p. 409.

Che l’ordinaria diligenza vada valutata anche alla luce delle qualità personali del consumatore è affermato, invece, da G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura di beni mobili conclusi da consumatori con professionisti (seconda parte)*, in *Studium Iuris* 2002, p. 1320 s.; P. PAGANELLI, *op. cit.*, p. 35; E. FERRICELLI, *op. cit.*, p. 134 ss., la quale giunge alla conclusione che, valorizzando le circostanze concrete e le qualità personali del consumatore, la nozione di difetto che non può essere ignorato con l’ordinaria diligenza, ai sensi dell’art. 1519-ter, comma 3, c.c., (poi art. 129, comma 3, cod. cons.) è sovrapponibile alla nozione di vizio facilmente riconoscibile, di cui all’art. 1491 c.c.

3. *L'insanabile contrasto tra la natura della responsabilità del professionista ed il principio per cui la responsabilità del venditore dipende dagli stati soggettivi del consumatore*

Il principio di elaborazione romanistica, in base al quale dalla conoscenza e conoscibilità del difetto dipende la responsabilità del venditore, affonda le sue radici nell'ambito di un modello di garanzia che vede nel vizio del bene il concretizzarsi di un "rischio" che, attraverso l'istituto della garanzia, viene posto in capo al venditore.

Se tale principio, tuttavia, poteva forse trovare ragionevole applicazione nel sistema di stampo romanistico appena delineato, maggiori dubbi sorgono dall'applicazione di tale norma al sistema delineato dal diritto di matrice comunitaria, che invece qualifica la responsabilità del venditore per la consegna di un bene difettoso come responsabilità da inadempimento. Individuare nella consegna di un bene conforme al contratto il contenuto di una obbligazione in capo al professionista, invero, significa che la conoscenza o anche solo la conoscibilità del difetto del bene escludono la responsabilità di quest'ultimo per inadempimento. Tale meccanismo tuttavia appare del tutto sconosciuto al modello dell'obbligazione contrattuale e finisce per collocare il consumatore in una posizione peggiore rispetto a quella vantata dal creditore nel codice civile, il quale non vede il proprio debitore liberato per il solo fatto che fosse a conoscenza del suo inadempimento.

La disciplina del difetto di conformità, introdotta dalla direttiva 1999/44/CE, individuando nella consegna del bene conforme al contratto una obbligazione in capo al professionista, la cui inadempienza dipende dalla presenza di un difetto nel bene, si discosta, come già la Convenzione di Vienna, dal modello della garanzia per vizi di stampo romanistico sopra richiamato, ma altresì dall'impianto delineato dal codice civile italiano in tema di garanzia per vizi.

Per vero, la natura della responsabilità del venditore, nel codice civile del 1942, è stata oggetto di un ampio dibattito, che tuttavia si è concluso a seguito di una recente pronuncia delle Sezioni Unite³⁴, che si è adeguata ad un modello accostabile più a quello romanistico, che a quello di stampo comunitario.

Invero, nell'ambito del dibattito relativo alla natura della garanzia per vizi, la S.C. ha superato quella tesi per cui in capo al venditore grava una obbligazione di garanzia, nascente dal contratto di compravendita, che trova il proprio fondamento normativo all'art. 1476, n. 3, c.c. Secondo tale disposizione, che elenca le obbligazioni del venditore, egli è tenuto a «*garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa*». Ne consegue che,

³⁴ V. *infra*, nt. 47.

secondo tale tesi, se il bene presenta dei vizi, il venditore deve ritenersi inadempiente dell'obbligazione di garantire il compratore dai vizi del bene.

Il superamento di tale posizione si deve a due passaggi teorici fondamentali.

Il primo attiene all'analisi della disposizione di cui all'art. 1476, n. 3, c.c., la quale, lungi dall'essere norma precettiva, assume carattere solo descrittivo circa un'ipotesi in cui il venditore può dirsi responsabile nei confronti del compratore, senza nulla aggiungere sulla natura di tale responsabilità³⁵.

Il secondo passaggio argomentativo, invece, si deve alla tradizione romanistica e, segnatamente, alla ripresa di quel principio secolare per cui il modo d'essere attuale d'un bene, ovvero le sue caratteristiche strutturali e funzionali, non può integrare il contenuto di un dovere in capo al venditore³⁶. Che il modo d'essere del bene non possa costituire una obbligazione in capo al venditore è fatto che dipende dalla stessa natura dell'obbligazione che ammette ad oggetto solo prestazioni, siano esse di fare, non fare, di dare, non certo la "cosa stessa". Prestazioni, d'altro canto, che devono essere eseguite in un momento successivo alla conclusione del contratto, mentre i vizi rilevano solo se esistenti al momento del perfezionamento della vendita, con il paradosso che, già al momento della conclusione del contratto, il venditore potrebbe dirsi inadempiente³⁷.

Peraltro, anche ammettendo che si possa configurare un'obbligazione concernente lo stato del bene, tale assunto violerebbe i meccanismi del principio del consenso traslativo che permea il contratto di compravendita odierno. Invero, nel contratto di compravendita previsto dal codice civile, l'interesse dell'acquirente viene soddisfatto dall'acquisto della proprietà del bene oggetto del contratto, che si verifica già al momento del perfezionamento del contratto³⁸.

³⁵ Cfr., sul punto, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 634; L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *R. d. comm.* 1953, I, p. 8; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 225; cfr. altresì C.G. TERRANOVA, *La garanzia per vizi della cosa venduta*, in *R. trim. d. proc. civ.* 1989, p. 82 s., secondo il quale il codice impiega una qualifica inesatta, ove riconnette la garanzia per vizi ad una obbligazione a carico del venditore: essa deve intendersi piuttosto come una forma del tutto peculiare di responsabilità.

³⁶ V., in tal senso, L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 22, secondo il quale «quando si avverte che l'obbligazione del venditore di trasferire la cosa senza vizi non esiste, né può esistere, non è tanto perché l'ha detto Ulpiano, quanto perché lo esige il principio di non contraddizione, che è logica di tutti i tempi».

Cfr. altresì A. LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/CE*, in *R. d. civ.* 2001, p. 839 s.

V. altresì cap. I, par. 3.

³⁷ Cfr., sul punto, C.G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 82, nt. 32; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 640; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 230 s.

³⁸ Cfr. C. LEO, sub *art. 1519-ter*, in *L'acquisto di beni di consumo*, Milano, Ipsoa, 2002, p. 25 s.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 230; seppur in tema di natura della responsabilità del professionista per difetto di conformità nella disciplina consumeristica, cfr. il medesimo rilievo di C. PELLOSO, *op. cit.*, p. 114-16.

Neppure può ritenersi che il bene viziato configuri l'esito dell'inadempimento del venditore di un obbligo di carattere precontrattuale. Secondo questa tesi, invero, rientrerebbe nell'obbligo di comunicare eventuali aspetti rilevanti dell'affare, anche la comunicazione circa la presenza di vizi nel bene³⁹. Appare evidente tuttavia che, l'inadempimento di tale obbligazione potrebbe non essere imputabile al venditore, che ben potrebbe essere all'oscuro della presenza del vizio⁴⁰.

Allo stesso modo superata deve ritenersi quella tesi secondo la quale il compratore che conclude un contratto di compravendita avente ad oggetto un bene viziato cade in errore⁴¹: il vizio, invero, è ontologicamente differente dalla figura dell'errore, in quanto non corrisponde ad una alterazione della realtà operata dal compratore⁴². Non è la volontà del compratore ad essere viziata, in caso di vizi nel bene, ma il risultato traslativo della vendita.

Possono essere altresì avanzate critiche analoghe⁴³ rispetto a quella tesi che, riconducendo la vendita di beni viziati al fenomeno della presupposizione, osserva come l'assenza di vizi del bene costituirebbe la «base comune di valutazione dei rispettivi interessi»⁴⁴, che verrebbe disattesa in caso di bene viziato.

Inoltre, seppur la soluzione individuata dalle Sezioni Unite prenda le mosse da principi di stampo romanistico, essa rifiuta la tesi per cui la garanzia per vizi corrisponde al fenomeno di tipo assicurativo. Secondo questa posizione, perseguita dalla tradizione romanistica, al momento della conclusione del contratto, il venditore si farebbe carico di un rischio, consistente nell'ipotesi in cui il bene presenti dei vizi, di cui egli risponde a titolo di indennità⁴⁵. Tuttavia, a voler aderire a tale posizione, bisognerebbe escludere che

³⁹ In tal senso, cfr. G. VISENTINI, *op. cit.*, p. 173 ss.

⁴⁰ Per vero, ID., *op. cit.*, p. 117, nell'espone la tesi per cui la garanzia va ricondotta alla responsabilità precontrattuale, precisa come non sia da scomodare la colpa in senso psicologico, ma piuttosto debba avervi riguardo ad una colpa in senso oggettivo, per la violazione di un dovere di condotta generato dalla buona fede, che è fonte oggettiva di obbligazioni in tema di obblighi di informazione.

⁴¹ Questa la tesi prospettata da G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 90 ss.

⁴² Cfr. A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 226 s.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 706; cfr. sul punto altresì G. AMORTH, *Errore e inadempimento nel contratto*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 87 ss., il quale, tuttavia, considera il caso particolare della mancanza di qualità promesse ai fini della distinzione con l'istituto dell'errore, affermando che nel primo caso, poiché non viene adempiuto l'obbligo assunto dal venditore di consegnare un bene con determinate qualità, questi risponde per inadempimento, mentre nel secondo caso la parte caduta in errore, in quanto ritiene a torto che un bene abbia determinate qualità e queste siano essenziali e riconoscibili anche se non trasfuse in un accordo contrattuale, potrà chiedere l'annullamento del contratto.

⁴³ Cfr. A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 227. Critica la tesi che riconnette alla garanzia per vizi il fenomeno della presupposizione anche G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 92 s., in quanto, secondo la nozione che di presupposizione fornisce tale tesi, il difetto del bene finisce per viziare la causa del contratto.

⁴⁴ Così F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, Jovene, 1959, p. 207.

⁴⁵ Seppur ravvisa delle differenze con il contratto di assicurazione, v., in tal senso, G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, Utet, 1937, p. 88 ss.: secondo l'A. non solo la

in capo al venditore gravi una forma di responsabilità, responsabilità che invece è ravvisabile quantomeno sotto il profilo del mancato ottenimento del risultato traslativo che le parti avevano previsto di raggiungere⁴⁶.

Pertanto, escluse le precedenti tesi in ordine alla natura della garanzia per vizi, la posizione abbracciata dalle Sezioni Unite vede la garanzia per vizi attestarsi su una forma di responsabilità di tipo contrattuale. Essa, tuttavia, non presuppone la violazione di un obbligo nascente dal contratto e pertanto non può dirsi che il venditore risponda per inadempimento di un'obbligazione nascente dalla vendita. La violazione che invece si concretizza è la lesione della *lex contractus*, poiché attraverso la vendita di un bene viziato si consegue un'imperfetta attuazione del risultato traslativo promesso contrattualmente⁴⁷.

garanzia è nozione diametralmente opposta a quella dell'obbligazione, ma, per tale ragione, è anche escludente della nozione di responsabilità; cfr. altresì R. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 163 ss., il quale opera tuttavia una distinzione tra vendita di cosa specifica e vendita di cosa generica: nel primo caso, il venditore implicitamente fornisce l'assicurazione al compratore non solo che la cosa è di sua proprietà, ma altresì che essa è esente da vizi, ai sensi dell'art. 1490 c.c.; nel secondo caso, invece, in capo al venditore v'è una obbligazione di trasmettere la proprietà o di dare il bene privo di vizi o con le qualità pattuite.

⁴⁶ Rispetto a tale posizione dottrinale, è stato osservato (v. A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 227 s.) come l'assicurazione contrattuale è concetto assai diverso ed escludente della nozione di responsabilità: quest'ultima implica invero il concetto di imputabilità, mentre la prima è volta ad individuare il soggetto che si assume il rischio di conseguenze dannose in caso di verificazione di un certo evento, estraneo alla sua sfera di controllo. Invece, nell'ipotesi della garanzia per vizi, il venditore assume un impegno relativo al verificarsi del risultato traslativo concordato dalle parti, per cui egli risponde in quanto responsabile dell'evento, poiché ad egli è imputabile il mancato raggiungimento dell'effetto traslativo del bene oggetto del contratto.

Critico rispetto alla tesi che riconnette la garanzia per vizi al fenomeno di tipo assicurativo anche C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 708, secondo il quale a differenziare l'obbligazione di indennità nell'ambito assicurativo e la garanzia per vizi si pongono diversi elementi: l'obbligazione di indennità trova il proprio fondamento in un rapporto assicurativo ed il suo adempimento è dovuto a prescindere dall'imputabilità del promissario nella verificazione dell'evento; viceversa, nella garanzia per vizi, il venditore risponde dei vizi in quanto non osserva l'impegno assunto con riguardo al risultato traslativo programmato ed è tenuto al risarcimento del danno solo a fronte di una inesecuzione imputabile.

⁴⁷ Sulla tematica sono intervenute, a distanza di pochi mesi, due sentenze delle Sezioni Unite. Segnatamente, Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit., dovendosi pronunciare in ordine alla questione se la sussistenza del vizio nel bene debba essere provata dall'acquirente o spetti invece al venditore dimostrare che il vizio non era presente al momento della conclusione del contratto, adottando la prima delle due soluzioni, si è soffermata sulla natura della responsabilità del venditore per vizi nel bene venduto. Secondo tale pronuncia, invero, «La garanzia per vizi non va, dunque, collocata nella prospettiva obbligatoria e la responsabilità che essa pone in capo al venditore va qualificata come una responsabilità contrattuale speciale, interamente disciplinata dalle norme dettate sulla vendita. Il presupposto di tale responsabilità è, come già accennato, l'imperfetta attuazione del risultato traslativo (e quindi la violazione della *lex contractus*) per la presenza, nella cosa venduta, di vizi che la rendono inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore. Si tratta di una responsabilità che prescinde da ogni giudizio di colpevolezza del venditore e si fonda soltanto sul dato obiettivo dell'esistenza dei vizi; essa si traduce nella soggezione del venditore all'esercizio dei due rimedi edilizi di cui può avvalersi il compratore, al quale è anche riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni, salvo che il venditore provi di aver senza colpa ignorato i vizi»; negli stessi termini, si esprime altresì Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, cit., la cui pronuncia era stata motivata dalla questione inerente alla possibilità di interrompere la prescrizione delle azioni edilizie attraverso atti stragiudiziali di interruzione, ai sensi dell'art. 1219, comma 1, c.c.

Dunque, seppur le Sezioni Unite non aderiscano alla tesi del vizio quale “rischio” che il venditore è chiamato a sopportare, esse si rifanno alla tradizione romanistica laddove rifiutano la configurazione della responsabilità del venditore quale inadempimento di una obbligazione contrattuale, alla luce del principio per cui non è possibile obbligarsi al modo d’essere di un bene.

Diverso è invece l’impianto costituito dalla direttiva 1999/44/CE in tema di responsabilità del professionista per difetto di conformità. Invero, la consegna di un bene non conforme al contratto costituisce, come preannunciato, l’inadempimento di una vera e propria obbligazione, che nasce in capo al professionista in base alla disciplina consumeristica. Tale rilievo emerge da diverse disposizioni della direttiva.

In primo luogo, l’art. 2, par. 1, della direttiva, sancisce che «*Il venditore deve consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita*»: viene dunque previsto, in capo al professionista, non solo un dovere di consegnare il bene, ma di consegnare il bene “conforme al contratto”. Che la consegna di un bene conforme al contratto costituisca l’oggetto di un obbligo in capo al professionista è reso ancora più evidente dalla relativa disposizione attuativa, secondo la quale «*Il venditore ha l’obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita*» (art. 129, comma 1, cod. cons.)

In secondo luogo, l’art. 3, par. 1, della direttiva prevede che «*Il venditore risponde al consumatore di qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene*»: il momento di rilievo dei difetti nel bene corrisponde non al momento della conclusione del contratto, come nella disciplina prevista dal codice del 1942, ma al momento della consegna del bene.

Le Sezioni Unite nella formulazione delle loro argomentazioni sembrano ispirarsi alla dottrina che già aveva sostenuto come la responsabilità del venditore per vizi sia da qualificarsi nel senso di una responsabilità di tipo contrattuale che sorge dall’inadempimento non di una obbligazione, ma del contratto, e che si concretizza nel mancato ottenimento del risultato traslativo programmato dalle parti: cfr., sul punto, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 708 ss., il quale chiarisce tuttavia come la responsabilità del venditore per il mancato o il difforme risultato traslativo non configuri una forma di responsabilità peculiare, ma rientri nella ordinaria responsabilità contrattuale da inadempimento (v., in particolare, p. 714 ss.); A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 230 s.; cfr. altresì D. RUBINO, *op. cit.*, p. 639 s., secondo il quale nel caso di beni viziati difetta «l’attribuzione patrimoniale fondamentale e principalissima a carico del venditore, cioè il fare acquistare al compratore il diritto venduto, e con quei requisiti»; seppur con riguardo alla responsabilità del venditore nell’ambito della fattispecie descritta all’art. 1479 c.c., v. L. MENGONI, *Gli acquisti “a non domino”*, cit., p. 19 ss.

Secondo una parte della dottrina, tuttavia, le Sezioni Unite, con le due pronunce sopra richiamate, giungono in realtà a soluzioni opposte per quanto attiene alla natura della garanzia per vizi: v., in questo senso, A. LUMINOSO, *Due pronunce contrastanti delle Sezioni Unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, in *Resp. civ. e prev.* 2019, p. 1862, 1871 ss., il quale evidenzia come, seppur Cass. civ. n. 18672 del 2019 dichiarò di voler rinviare alla qualificazione operata dalla precedente Cass. civ. n. 11748 del 2019 in ordine alla natura della garanzia per vizi, tale pronuncia finisca invece per accogliere, nei fatti, la soluzione secondo la quale con la garanzia per vizi si fa valere l’inadempimento di una obbligazione del venditore, ovvero quella di cui all’art. 1476, n. 3, c.c.

In terzo luogo, la natura della responsabilità del professionista si ricava altresì dal tipo di tutela apprestata dalla direttiva in caso di difetto di conformità: viene invero previsto a favore del consumatore un diritto al rispristino, ai sensi dell'art. 3, par. 2, corrispondente – secondo parte della dottrina – all'introduzione di una tutela soddisfattoria⁴⁸.

D'altra parte, neppure la qualificazione della natura della responsabilità del professionista per un difetto di conformità è stata un'operazione ermeneutica priva di voci discordanti tra gli interpreti⁴⁹. Seppur è stato ravvisato, dalla maggior parte della dottrina, che la presenza di un difetto nel bene corrisponde all'inadempimento di una obbligazione in capo al professionista⁵⁰, non sempre chiaro è apparso il contenuto della obbligazione inadempita.

⁴⁸ Parte della dottrina ha interpretato i rimedi della riparazione e della sostituzione alla stregua di una richiesta di esatto adempimento della prestazione nascente dall'obbligazione di consegnare i beni conformi al contratto (in questo senso, v. G. AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, in *R. d. civ.* 2004, I, p. 133, 144 ss.; ID., *Lezioni di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 90 s.; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 145; cfr. altresì C. LEO, *op. cit.*, p. 26).

Altra parte della dottrina (A. LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/CE*, cit., p. 856 ss.), invece, ha escluso di poter qualificare i rimedi nascenti dalla direttiva europea come rimedi soddisfattori, ritenendo che questi integrino piuttosto una «tutela specifica di tipo restitutorio» (p. 860). V'è da aggiungere, tuttavia, che la medesima dottrina appena citata, in opere successive, ha aderito alla tesi per cui la riparazione e sostituzione del bene nel sistema consumeristico integrino il rimedio dell'esatto adempimento della prestazione, alla luce, altresì, della qualificazione della responsabilità del consumatore come responsabilità da inadempimento dell'obbligazione di consegna del bene conforme al contratto (v., in tal senso, ID., *La compravendita*, cit., p. 348 ss.).

⁴⁹ Per una disamina con riguardo alle posizioni dottrinali relative alla natura della responsabilità del professionista per difetti nel bene venduto, ai sensi della direttiva 1999/44/CE, v. C. PELLOSO, *op. cit.*, p. 108 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 345 ss.; E.M. LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano 2010, p. 266 ss.

⁵⁰ Per vero, una parte della dottrina ha escluso che la presenza del difetto nel bene di consumo configurasse un inadempimento di una obbligazione gravante sul professionista, riconducendo tale fattispecie alla figura della garanzia per vizi civilistica: critico rispetto all'elaborazione della dottrina della natura della responsabilità del professionista per difetto di conformità quale responsabilità da inadempimento di una obbligazione A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa e dir. priv.* 2003, p. 539 ss. e, in particolare, p. 544, 546, il quale, tra i molti rilievi critici, ha osservato come alla disciplina del difetto di conformità introdotta dalla direttiva 1999/44/CE sia inapplicabile la regola fondamentale sulla responsabilità da inadempimento dettata dall'art. 1218 c.c.; nello stesso ordine di idee v. C. CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Europa e dir. priv.* 2004, p. 965 ss. e, in particolare, p. 966, secondo il quale l'istituto dettato dalla direttiva si concreta nella figura della garanzia, stante il fatto che il venditore non può andare esente da responsabilità per impossibilità della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile; lo stesso rilievo è stato effettuato anche da S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. ALESSI, Milano 2005, p. 387 s., il quale ha osservato come – tra gli altri motivi per cui è preferibile qualificare la responsabilità del professionista come forma di garanzia, piuttosto che come responsabilità per inadempimento di una obbligazione – nella disciplina consumeristica non vi sia la previsione di una esclusione della responsabilità del professionista per impossibilità della prestazione, cui non è sottoposta neppure la garanzia per vizi.

Espone rilievi critici con riguardo alla configurabilità di una obbligazione in capo al professionista altresì F. PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa e dir. priv.* 2006, p. 570 ss.

Da un lato, una parte della dottrina ha affermato che la direttiva europea ha condotto all'introduzione nell'ordinamento di un'obbligazione in capo al professionista avente ad oggetto la conformità del bene al contratto. Secondo tale posizione, l'obbligazione di "conformità" e quella di consegna posseggono una propria autonomia concettuale nell'ambito delle obbligazioni cui è tenuto il professionista⁵¹.

Tale posizione, tuttavia, è stata superata, in quanto condivide la medesima critica avanzata con riguardo alla tesi che qualifica la garanzia per vizi disciplinata dal codice civile come obbligazione contrattuale, avente ad oggetto una prestazione relativa al modo d'essere del bene. Sotto un profilo logico ed ontologico, invero, l'obbligazione non ammette che il contenuto della prestazione attenga allo stato attuale del bene, ovvero, in tal caso, alla conformità del bene al contratto⁵².

D'altro canto, questa tesi non sarebbe stata criticabile attraverso quell'argomento che esclude che i vizi del bene corrispondano all'inadempimento di una obbligazione del venditore, in base alla circostanza che essa non possa essere, per sua natura, eseguita al momento della conclusione del contratto. Nel sistema elaborato dalla direttiva, invero, il momento di rilevanza dei difetti non corrisponde al momento di perfezionamento del contratto, ma a quello in cui il bene viene consegnato.

Allo stesso modo, non sarebbe stato riproponibile l'argomento per cui l'operare del meccanismo consensualistico, che pur opera anche nella vendita consumeristica, esclude lo spazio per l'esistenza di una obbligazione avente ad oggetto il modo d'essere del bene, in quanto l'interesse del compratore verrebbe soddisfatto già al momento del passaggio della proprietà del bene⁵³. Si è già visto infatti come, nelle vendite consumeristiche, il momento

⁵¹ In tal senso v. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 53 s. e M.P. MANTOVANI, *La vendita dei beni di consumo*, Napoli, ESI, 2009, p. 86, secondo i quali la conformità del bene al contratto si costruisce come oggetto di una obbligazione autonoma e distinta dall'obbligazione di consegna. L'adempimento di tale obbligazione, secondo tali Autori, dipende dalla corrispondenza del bene al contenuto contrattuale ovvero alle presunzioni di conformità dettate all'art. 2, par. 2, della direttiva 1999/44/CE. Aderisce a questa tesi, almeno nei primi commenti alla direttiva, altresì G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, cit., p. 873 s., il quale ha osservato che ove l'art. 2, par. 1, sancisce che il professionista deve consegnare beni conformi al contratto, si limita ad indicare il momento – quello della consegna – in cui dovrà essere verificato «l'adempimento del vero impegno posto a carico del venditore, il quale sembra avere ad oggetto immediato ed esclusivo la conformità al contratto del bene consegnato».

⁵² Avanzano tale critica alla tesi dell'"obbligazione di conformità del bene al contratto" A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 541 e C. PELLOSO, *op. cit.*, p. 113 s.; cfr. altresì F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 378. Che l'adesione alla tesi dell'obbligazione di conformità del bene al contratto "sembra" condurre alla creazione di una obbligazione che ha per oggetto il modo d'essere della cosa lo evidenzia chiaramente anche G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, cit., p. 880.

⁵³ Questa critica è ad ogni modo rivolta alla costruzione dottrinale per cui la presenza del difetto di conformità nel bene implica la responsabilità del professionista per inadempimento dell'obbligazione di conformità da C. PELLOSO, *op. cit.*, p. 114-116.

di rilievo dei difetti non corrisponde al momento di conclusione del contratto, bensì a quello della consegna, momento in cui l'obbligazione del venditore deve essere adempiuta.

Più convincente è apparsa, ad ogni modo, una differente posizione dottrinale, secondo la quale sul professionista grava un'obbligazione di consegna del bene, che tuttavia è caratterizzata dall'elemento della rispondenza della cosa oggetto della *traditio* ai criteri di conformità del bene al contratto. Secondo questa tesi, il modello della direttiva non descrive un'obbligazione di conformità distinta dall'obbligazione di consegna del bene: sussiste invece un'unica obbligazione di consegna, che tuttavia è caratterizzata dal tipo di oggetto della prestazione, ovvero il bene conforme al contratto. Dunque, tale posizione evidenzia come la natura della responsabilità del professionista per i difetti del bene sia da configurarsi come responsabilità da inadempimento di una obbligazione di consegna, che non si riduce all'obbligazione di consegna del bene nello stato in cui si trova al momento della conclusione del contratto, alla stregua di quella individuata dagli artt. 1476, n. 1 e 1477, comma 1, c.c., ma deve avere ad oggetto, per ritenersi adempiuta, il bene conforme al contratto⁵⁴.

D'altro canto, anche tale tesi non è stata immune alle critiche avanzate dalla dottrina. Così, è stato sostenuto che la posizione sopra descritta non considera il momento in cui effettivamente i difetti vengono in essere. Quantomeno nell'ipotesi in cui i difetti fossero preesistenti al momento della conclusione del contratto, il professionista dovrebbe considerarsi responsabile non per l'inadempimento di un'obbligazione a suo carico, ma per violazione del risultato traslativo della vendita, così come accade nell'ambito della garanzia per vizi regolata dal codice civile⁵⁵.

⁵⁴ In tal senso, v. C. LEO, *op. cit.*, p. 25; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 348 ss. e, in particolare, p. 350, secondo il quale «la prestazione dovuta ha ad oggetto il bene il cui stato qualitativo e le cui caratteristiche devono essere quelli stabiliti dalle determinazioni contrattuali e legali; secondo la disciplina codicistica, invece, oggetto della *traditio* è il bene nel suo stato reale al momento del contratto»; R. DE MATTEIS, *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, in *Contratto e impr. – Europa* 2001, 51 ss., la quale peraltro evidenzia come l'obbligazione di consegna del bene conforme al contratto non sia del tutto avulsa dall'esperienza giurisprudenziale nazionale, ad esempio in tema di contratto preliminare di vendita; G. AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, cit., 138 ss.; R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, Napoli, ESI, 2007, p. 158 ss.; R. ALESSI, *L'attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di consumo nel diritto italiano*, in *Europa e dir. priv.* 2004, p. 767.

⁵⁵ V., in tal senso, A. LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/ce*, cit., p. 842 ss.

V. altresì la posizione di V. MANNINO, *Le tutele per le anomalie del bene venduto fra antico e postmoderno*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. ALESSI, cit., p. 201 s., il quale fornisce una distinzione della natura della responsabilità del professionista a seconda che i beni oggetto della vendita siano di genere, prodotti in serie, venduti su campione o modello ovvero siano beni di specie o usati. Nel primo caso, si configurerebbe una responsabilità per inadempimento di una obbligazione, mentre nel secondo caso la responsabilità del professionista si declinerebbe alla stregua della tradizionale garanzia per vizi.

La critica avanzata tuttavia è stata superata attraverso l'analisi dell'art. 3, par. 1, della direttiva, il quale sancisce che «*Il venditore risponde al consumatore di qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene*». Dalla disposizione appena citata, invero, si evince che, ai fini della responsabilità del professionista, rilevano i difetti tanto preesistenti al contratto quanto successivi, purché anteriori al momento della consegna del bene. In altri termini, in entrambi i casi, sia che i difetti sussistano al momento del perfezionamento del contratto, sia che sussistano al momento della *traditio*, il consumatore ha diritto di azionare i rimedi previsti dalla direttiva. Dunque, oltre a non trovare conforto nel modello delineato dalla direttiva, la critica avanzata impatta su un piano solo teorico, non godendo di alcuna utilità pratica, stante il fatto che al consumatore sarebbero dovuti i rimedi consumeristici a prescindere dal momento in cui si originano i difetti⁵⁶.

Vero è che, a prescindere dalla tesi a cui si aderisce, appare evidente come la direttiva 1999/44/CE abbia introdotto nell'ordinamento italiano un sistema di tutela per i vizi del bene del tutto peculiare rispetto a quello conosciuto ed elaborato nella tradizione giuridica nazionale. La natura della responsabilità del professionista, invero, origina non più dalla violazione della *lex contractus* cui consegue il difetto del risultato traslativo promesso, bensì dall'inadempimento di una vera e propria obbligazione nascente dal contratto che deve eseguirsi successivamente al perfezionamento dello stesso, consistente, stando all'opinione dottrinale che appare preferibile, nella consegna del bene privo di difetti di conformità, a tutela della quale vengono riservati, in primo luogo, rimedi di tipo satisfattorio, quali la riparazione e la sostituzione del bene, con i quali il consumatore richiede l'esatto adempimento della prestazione⁵⁷.

In un modello di responsabilità così delineato, è lecito chiedersi se il principio che ammette la liberazione del venditore da responsabilità per vizi, ove il consumatore conoscesse o non avesse potuto ignorare i difetti, al momento della conclusione del contratto, che origina nell'ambito di un sistema in cui la garanzia per vizi non genera una forma di responsabilità da inadempimento dell'obbligazione contrattuale, avesse motivo di trovare applicazione.

⁵⁶ V., in questo senso, C. PELLOSO, *op. cit.*, p. 120 ss. Cfr. sul punto anche A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 352, ove l'A. critica la tesi che aveva in scritti precedenti avanzato, osservando come la possibilità di ricorrere a diverse forme di tutela, per la violazione del risultato traslativo del contratto da un lato, per l'inadempimento dell'obbligazione di consegna dall'altro, avrebbe condotto ad inconvenienti di tipo pratico, oltretutto a generare confusione nel sistema.

⁵⁷ V. *supra*, nt. 48.

Infatti, rimane estraneo all'ordinamento italiano tale principio se applicato nell'ambito della disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione⁵⁸. La conoscenza dell'inadempimento da parte del creditore, invero, non è elemento che esclude la responsabilità del debitore, il quale è liberato dell'obbligazione solo ove la prestazione sia impossibile per causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.). Segnatamente, dalla disciplina relativa all'inadempimento sancita nel codice civile, agli artt. 1218 ss. c.c. e 1453 ss. c.c., emerge come totalmente irrilevante sia l'elemento soggettivo del creditore, al momento del perfezionamento del contratto. In altri termini, anche laddove il creditore fosse a conoscenza o potesse, con un certo grado di diligenza, conoscere del futuro inadempimento del debitore, non per questo sarebbe privato dei rimedi che gli spettano in caso di inadempimento del debitore, ovvero i rimedi della risoluzione del contratto o dell'adempimento della prestazione.

Peraltro, veramente difficile per il creditore sarebbe la previsione dell'inadempimento di controparte già al momento della conclusione del contratto, in quanto il debitore è tenuto ad eseguire la prestazione in un momento successivo. Vero è che, nel caso di contratto di compravendita di beni di consumo, se il bene viene consegnato contestualmente alla stipula del contratto, potrebbe in effetti esservi conoscenza o quantomeno conoscibilità dell'inadempimento di controparte (ovvero della presenza nel bene di difetti di conformità), non altrettanto però se il bene viene consegnato successivamente al perfezionamento dell'accordo contrattuale.

Ad ogni modo, è bene ribadire che l'approdo del principio in base al quale la conoscenza o la conoscibilità del difetto escludono la responsabilità del venditore in un modello in cui quest'ultimo è chiamato a rispondere per inadempimento dell'obbligazione di consegnare un bene conforme al contratto è già stato previsto dalla Convenzione di Vienna. Come più volte segnalato, tuttavia, la Convenzione vanta un ambito applicativo differente dalla direttiva 1999/44/CE e non è ispirata dalla *ratio* che involge la direttiva europea, ovvero l'introduzione di un elevato grado di tutela del consumatore.

Si potrebbe infatti sostenere che, a prescindere dalle scelte normative operate da altri ordinamenti con riguardo alla tutela di fronte all'inadempimento di una parte contrattuale e a prescindere altresì dai principi nascenti dalla disciplina dell'obbligazione, nulla osta all'introduzione di una disposizione come quella di cui all'art. 2, par. 3, nel diritto europeo della vendita, poiché il legislatore europeo non è tenuto ad adeguarsi alle tradizioni

⁵⁸ La categoria dell'"obbligazione", intesa come dovere in capo ad un soggetto cui corrisponde un interesse all'adempimento in capo ad un altro soggetto, è peraltro riconosciuta dalla dottrina come una delle «categorie fondamentali della tradizione continentale romanistica» (così A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 527 s.).

giuridiche degli ordinamenti nazionali, tanto più a fronte di un precedente normativo come quello della Convenzione di Vienna.

Tuttavia, non è possibile non considerare l'ambito applicativo e la *ratio* della direttiva 1999/44/CE. Essa si applica alle vendite tra professionista e consumatore, il quale si trova in una posizione "svantaggiata" rispetto al primo, alla luce delle sue minori competenze tecniche e alla disparità informativa in ordine al bene comprato. Per altro verso, l'introduzione della direttiva 1999/44/CE è avvenuta al fine di garantire certezza e celerità nel traffico giuridico, nonché un elevato livello di tutela del consumatore.

Al di là della considerazione per cui l'art. 2, par. 3, per certo non favorisce la certezza del traffico giuridico, ma anzi contribuisce a frustrare tale obiettivo, alla luce del fatto che la conoscenza e conoscibilità del difetto sono criteri soggettivi e come tali difficili da accertare obiettivamente, sembra che la disposizione in esame si ponga in netto contrasto con la *ratio* della direttiva, ove questa mira alla tutela del consumatore, in quanto contrente "debole". La disposizione appare infatti assai pregiudizievole per il compratore, rispetto al trattamento riservato al creditore nella disciplina dettata in tema di inadempimento dal codice civile. Invero, nella direttiva, il consumatore si vede privato dei rimedi contro il difetto di conformità anche in caso di semplice "conoscibilità" del difetto; conoscibilità che invece non avrebbe nessun rilievo ove venisse applicata la disciplina dettata dal codice civile in caso di inadempimento, secondo la quale non rileva neppure la conoscenza effettiva.

4. La nozione omnicomprensiva di "difetto di conformità" introdotta dalla Direttiva 1999/44/CE: l'applicabilità del principio ricavabile dall'art. 2, par. 3, anche all'ipotesi di mancanza di qualità promesse

Tra i diversi profili di criticità che sono stati evidenziati in ordine all'introduzione nella direttiva europea del principio per cui dalla conoscenza e conoscibilità del difetto da parte del compratore dipende la responsabilità del venditore, figura la sua applicabilità all'ipotesi in cui il bene venduto non presenti le qualità promesse.

L'applicabilità dell'art. 2, par. 3, all'ipotesi di mancanza della qualità promesse porta con sé la conseguenza di escludere la responsabilità del professionista, anche nell'ipotesi in cui il difetto sia solo conoscibile da parte del consumatore, laddove invece il venditore abbia espressamente promesso che il bene possedeva determinate qualità⁵⁹.

⁵⁹ Questo rilievo critico viene evidenziato da G. DE CRISTOFARO, *L'esonero da responsabilità del venditore per i difetti di conformità che il consumatore conosceva o non poteva ragionevolmente ignorare* "al

Tuttavia, tale dichiarazione del venditore ingenera nel compratore l'affidamento circa la presenza di certe caratteristiche qualitative del bene, potendolo indurre a non procedere all'esame della cosa prima dell'acquisto, esame che avrebbe condotto all'individuazione dei difetti conoscibili.

Tale rischio non si verifica nell'impianto delineato dal codice civile: si è già evidenziato che, secondo un orientamento giurisprudenziale costante, l'art. 1491 c.c. non è applicabile né all'ipotesi in cui il difetto si sostanzia nella mancanza di qualità, né in ipotesi di *aliud pro alio*⁶⁰.

Nel sistema elaborato dalla direttiva europea, invece, l'applicabilità dell'art. 2, par. 3, all'ipotesi di mancanza di qualità promesse si deve alla nozione omnicomprensiva di difetto di conformità dettata dalla direttiva stessa, che fa rientrare nella suddetta nozione tutte le categorie di vizio conosciute dall'ordinamento italiano, compreso la mancanza di qualità essenziali e promesse.

La tradizione giuridica italiana, invero, opera una distinzione tra vizio, qualità essenziali e promesse e la figura, di origine giurisprudenziale, dell'*aliud pro alio*; distinzione che non opera solo sul piano teorico ma esprime una diversità sul piano ontologico e rimediale tra le diverse figure.

Invero, per vizio, si intende una imperfezione o difetto inerente al processo di fabbricazione, produzione, formazione o conservazione della cosa⁶¹, che rende il bene inidoneo all'uso cui è destinato o ne diminuisce in modo apprezzabile il valore, ai sensi dell'art. 1490 c.c.

In caso di mancanza di qualità, invece, sebbene la cosa appartenga al genere pattuito dalle parti, il bene è privo di tutti quegli elementi essenziali e sostanziali che, nell'ambito del medesimo genere, influiscono sulla classificazione della cosa in una specie, piuttosto che in un'altra⁶².

La categoria dei vizi redibitori e quella della mancanza di qualità, nel sistema delineato dal codice civile, diverge sia sotto l'aspetto ontologico, che sotto il profilo

momento della conclusione del contratto": brevi note su taluni aspetti problematici dell'attuazione dell'art. 2, par. 3, della direttiva 99/44/CE, cit., p. 193, il quale parla di «esito inaccettabile», che distingue la direttiva europea dalla Convenzione di Vienna e dalle normative nazionali.

⁶⁰ V. cap. I, nt. 91, 92.

⁶¹ In tal senso, v. Cass. civ., sez. II, 15 maggio 1998, n. 4899; Cass. civ., sez. II, 23 marzo 1999, n. 2712; Cass. civ., sez. I, 8 marzo 2013, n. 5845; Cass. civ., sez. II, 5 aprile 2016, n. 6596; Cass. civ., sez. II, ord., 16 dicembre 2019, n. 33149; per quanto attiene alla giurisprudenza di merito, v. altresì Trib. Arezzo, 2 luglio 2018, n. 704, in *DeJure*; Trib. Perugia, sez. II, 6 giugno 2019, n. 879, in *DeJure*.

⁶² Per quanto attiene alla giurisprudenza di legittimità, v. Cass. civ., sez. II, 15 maggio 1998, n. 4899; Cass. civ., sez. II, 23 marzo 1999, n. 2712; Cass. civ., sez. II, 5 aprile 2016, n. 6596; Cass. civ., sez. II, ord., 16 dicembre 2019, n. 33149; per quanto attiene alla giurisprudenza di merito, v. Trib. Arezzo, 2 luglio 2018, n. 704, cit.; Trib. Perugia, sez. II, 6 giugno 2019, n. 879, cit.

rimediale. In particolare, con riguardo a quest'ultimo profilo, in presenza di vizi del bene, è possibile esperire le azioni edilizie di cui all'art. 1492 c.c., mentre nelle ipotesi di mancanza di qualità è possibile, ai sensi dell'art. 1497 c.c., esperire solo l'azione di risoluzione di cui all'art. 1453 c.c., pur sempre assoggettata ai termini di cui all'art. 1495 c.c.

Per quanto attiene alla natura della responsabilità del venditore in caso di mancanza di qualità del bene, dal richiamo dell'art. 1497 c.c. alle norme generali sulla risoluzione per inadempimento, si potrebbe affermare che in caso di mancanza di qualità essenziali o promesse si sia concretizzato l'inadempimento di un'obbligazione del venditore che ha consegnato la merce priva delle qualità predette. Tale assunto, valevole forse per quanto attiene all'ipotesi di mancanza di qualità promesse, stante il fatto che si tratta di caratteristiche del bene rispetto alle quali il venditore si è specificamente obbligato, si presta ad essere maggiormente criticato nelle ipotesi di mancanza di qualità essenziali, nelle quali sembra sorgere una responsabilità più assimilabile a quella derivante dalla presenza di vizi nel bene⁶³. Rispetto alle qualità essenziali del bene, invero, non può certo dirsi che il venditore abbia assunto un obbligo o che egli possa assumerlo senza inceppare nella incompatibilità logica dell'obbligazione avente ad oggetto il modo d'essere della cosa.

Per quanto attiene invece alla figura dell'*aliud pro alio datum*, essa si concretizza, secondo un'opera di elaborazione giurisprudenziale, in due distinte ipotesi: nel caso in cui la cosa appartenga ad un genere del tutto diverso da quello pattuito; nel caso in cui il bene presenti difetti tali che impediscano allo stesso di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti (c.d. idoneità ad assolvere la funzione

⁶³ Sul punto cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 280, il quale ritiene che, quantomeno sul piano ontologico, i vizi e la mancanza di qualità essenziali, relative all'uso del bene, non possano essere distinte, «identificandosi entrambe le ipotesi con un'anomalia strutturale o una imperfezione funzionale ovvero nella mancanza di requisiti che rendono la cosa, considerata nella sua materialità, inadatta all'uso convenuto»; viceversa, l'A. riconosce all'ipotesi di mancanza di qualità promesse «una sua autonomia concettuale», in quanto essa «consiste in una difformità tra i requisiti promessi e quelli che la cosa effettivamente possiede». Per quanto attiene alla natura della responsabilità del venditore, invece, l'A. sostiene che anche nell'ipotesi di mancanza di qualità promesse si verifica non un inadempimento di una obbligazione ma il mancato raggiungimento del risultato traslativo promesso (v. ID., *op. ult. cit.*, p. 284).

La differenza sul piano ontologico e sul fronte della natura della responsabilità del venditore tra l'ipotesi di mancanza di qualità essenziali e l'ipotesi di mancanza di qualità promesse non viene invece colta dalla maggior parte della giurisprudenza di legittimità e di merito, la quale, dovendosi pronunciare in ordine all'applicabilità dell'art. 1491 c.c. ai casi di mancanza di qualità, la esclude sia con riguardo all'ipotesi di mancanza di qualità promesse, sia con riguardo all'ipotesi di mancanza di qualità essenziali (v. cap. I, nt. 91). La giurisprudenza di legittimità, per vero, giunge a distinguere tra qualità promesse ed essenziali con esclusivo riferimento all'ipotesi normativa delineata dall'art. 1511 c.c.: secondo Cass. civ., sez. II, 16 giugno 2016, n. 12465, tale disposizione è applicabile solo all'ipotesi di mancanza di qualità essenziali, mentre non riguarda la mancanza di qualità promesse (v. cap. I, nt. 90).

economico-sociale), facendolo degradare ad una sottospecie del tutto diversa da quella dedotta in contratto⁶⁴. A tale fattispecie si applicano le disposizioni in tema di inadempimento contrattuale, in quanto essa è qualificabile come inadempimento dell'obbligazione di consegna del bene, venendo consegnato un bene totalmente diverso da quello pattuito o, seppur appartenente allo stesso genere, non avente la funzionalità necessaria all'utilizzo naturalmente assegnato al bene o previsto come essenziale dalle parti.

A ben vedere, analogo discorso effettuato pocanzi, con riguardo alla differente natura della responsabilità del venditore in caso di mancanza di qualità essenziali o di mancanza di qualità promesse, è ripercorribile per le due fattispecie di cui si costituisce l'*aliud pro alio*. Ed invero, se non vi sono dubbi con riguardo alla configurabilità di un inadempimento dell'obbligazione di consegna del bene ove la consegna abbia ad oggetto un bene del tutto diverso da quello pattuito dalle parti, qualche dubbio in ordine alla qualificazione della responsabilità del venditore potrebbe sorgere con riguardo all'ipotesi in cui venga trasferita la titolarità di un bene privo della funzione naturale o di quella ritenuta essenziale dalle parti⁶⁵. Infatti, in tale secondo caso la figura dell'*aliud pro alio* sembra piuttosto configurarsi come una forma di mancanza di qualità essenziali, ma più grave. La funzionalità intrinseca del bene è invero elemento che non può essere oggetto di un'obbligazione, così come non può esserlo il vizio che rende inidonea all'uso la cosa, e rispetto a cui, dunque, il venditore possa obbligarsi.

Tale differenziazione tra i difetti del bene non è riproposta dalla direttiva 1999/44/CE, che introduce una nozione omnicomprensiva di “difetto di conformità del bene al contratto”: essa esprime la volontà di creare una base comune alle differenti tradizioni giuridiche nazionali attraverso “il principio di conformità al contratto”, così come emerge dal considerando n. 7.

Quando possa dirsi sussistere un difetto di conformità, secondo la direttiva 99/44, è elemento ricavabile dall'art. 2, il quale, da un lato, sancisce che «*Il venditore deve*

⁶⁴ In questo senso, v. Cass. civ., sez. II, 13 gennaio 1997, n. 244; Cass. civ., sez. II, 15 maggio 1998, n. 4899; Cass. civ., sez. II, 12 febbraio 2001, n. 1971; Cass. civ., sez. II, 23 marzo 1999, n. 2712; Cass. civ., sez. II, 25 settembre 2002, n. 13925; Cass. civ., sez. II, 7 marzo 2007, n. 5202; Cass. civ., sez. II, 11 novembre 2008, n. 26953; Cass. civ., sez. II, 19 dicembre 2013, n. 28419; Cass. civ., sez. III, 12 settembre 2014, n. 19274; Cass. civ., sez. I, 5 febbraio 2016, n. 2313; Cass. civ., sez. II, 5 aprile 2016, n. 6596; Cass. civ., sez. II, 30 ottobre 2015, n. 22301; Cass. civ., sez. II, 12 gennaio 2017, n. 653; Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2017, n. 13782.

⁶⁵ V. altresì le considerazioni di A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 286, il quale osserva come mentre nella prima fattispecie di cui si compone l'*aliud pro alio* si verifica un inadempimento dell'obbligazione di consegna del bene; nella seconda fattispecie si concretizza l'inattuazione del risultato traslativo previsto dal contratto. Anche in relazione alla figura dell'*aliud pro alio*, la giurisprudenza non coglie alcuna differenza ontologica tra le fattispecie di cui essa si compone, limitandosi ad escludere l'applicabilità dell'art. 1491 c.c. (v. cap. I, nt. 92).

consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita» (par. 1), dall'altro, prevede una serie di ipotesi in cui un bene si presume conforme al contratto a prescindere dalla previsione espressa delle parti nell'accordo contrattuale (par. 2)⁶⁶. Dalla lettera della disposizione, dunque, si evince come per difetto di conformità si intenda da un lato l'ipotesi in cui il bene non possenga le caratteristiche previste dalle parti nel contratto, dall'altro le ipotesi in cui il bene sia privo di quei requisiti di conformità sanciti direttamente dal legislatore europeo, anche se non richiamati nel contratto.

La disposizione di cui all'art. 2, invece, non opera, almeno espressamente, alcuna distinzione tra diverse tipologie di vizio.

In adesione al dato letterale della direttiva, nonché all'obbiettivo di semplificazione della legislazione in materia⁶⁷, la nozione di difetto di conformità, dunque, vale a coprire ogni ipotesi di difetto conosciuto dall'ordinamento italiano: vi rientra dunque il vizio, la mancanza di qualità essenziali e promesse, nonché la figura dell'*aliud pro alio datum*⁶⁸.

Per vero, l'elaborazione della nozione di difetto di conformità ha conosciuto ricostruzioni non del tutto univoche.

In dottrina, invero, è emerso un dibattito in ordine alla applicabilità della direttiva europea anche alle ipotesi di *aliud pro alio*. Ai fini di escludere tale figura dalla nozione di difetto di conformità, è stato affermato 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

⁶⁶ Invero, il paragrafo 2 dell'art. 2, prevede che «*Si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se: a) sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello; b) sono idonei ad ogni uso speciale voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato; c) sono idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo; d) 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 al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura*».

⁶⁷ V., in tal senso, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 337.

⁶⁸ Nel senso di ricomprendere nella nozione di difetto di conformità anche l'ipotesi dell'*aliud pro alio datum*, cfr. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto*, cit., p. 129-131; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, cit., p. 871; A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contratto e impr. - Europa* 2001, p. 86 e p. 114 s.; S. PATTI, *Sul superamento della distinzione tra vizi e aliud pro alio datum nella direttiva 1999/44/CE*, in *R. d. civ.* 2002, II, p. 623 ss.

Una parte della dottrina, pur aderendo alla tesi della unitarietà della nozione di difetto di conformità, ha precisato che i vizi giuridici e le irregolarità giuridiche avrebbero dovuto ritenersi esclusi dall'ambito applicativo della direttiva, poiché il difetto di conformità attiene ai soli difetti di tipo materiale (v., in tal senso, C. LEO, *op. cit.*, p. 22; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 338; A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 39 s., i quali tuttavia distinguono tra vizi giuridici, che non ricadono nel campo applicativo della direttiva, e irregolarità giuridiche, che invece vi rientrano).

funzione di scambio»⁶⁹. Parte della dottrina, d'altro canto, pur riconoscendo l'appartenenza dell'*aliud pro alio* alla nozione di difetto di conformità, invocando la *ratio* della direttiva volta alla tutela del consumatore, ha sostenuto che, ove il difetto si concretizzasse nella forma dell'*aliud pro alio*, non troverebbero applicazione talune disposizioni della direttiva, come ad esempio quelle relative all'onere di denuncia dei difetti, in quanto peggiorative della posizione dell'acquirente rispetto a quelle dettate dal codice civile⁷⁰.

Non è mancato, per vero, chi, a fini teorici più che pratici, ha tentato di operare una distinzione tra le categorie di vizio, avvallata dal testo dell'art. 2, par. 2, della direttiva. Secondo tale posizione dottrinale, l'ipotesi di cui alla lettera a), ovvero l'inidoneità del bene all'uso cui servono abitualmente beni dello stesso tipo, integrerebbe un'ipotesi di vizio, in senso tecnico, ai sensi dell'art. 1490 c.c., mentre nelle altre ipotesi, si configurerebbe una mancanza di qualità talora promesse talaltra essenziali⁷¹.

Al di là delle diverse ricostruzioni dottrinali, emerge come la direttiva europea non fornisca, almeno espressamente, alcun appiglio normativo per distinguere tra le diverse tipologie di vizio, conosciute nell'ordinamento italiano. Tale considerazione comporta l'applicabilità del principio regolato all'art. 2, par. 3, ad ogni forma di difetto di conformità. Pertanto, ove l'art. 2, par. 3, della direttiva sancisce che «*non v'è difetto di conformità...*», esso si riferisce sia all'ipotesi della presenza di vizi nel bene, sia di mancanza di qualità essenziali e promesse, nonché di *aliud pro alio datum*.

Ne consegue che il professionista sarebbe andato esente da responsabilità non solo ove il consumatore fosse stato a conoscenza del difetto o fosse stato per lui riconoscibile, in quanto vizio, mancanza di qualità essenziali o *aliud pro alio*, ma anche nell'ipotesi in cui la presenza di determinate qualità del bene fosse stata espressamente assicurata dal venditore. Dunque, anche laddove il consumatore non avesse proceduto all'esame del bene, facendo affidamento nelle dichiarazioni del professionista circa la presenza di determinate qualità, egli sarebbe stato privato dei rimedi a tutela dei difetti di conformità, anche laddove tali difetti fossero per lui solo conoscibili.

Parte della dottrina, al fine di superare l'evidente irragionevolezza di tali conclusioni, ha affermato che in realtà l'art. 2, par. 3, della direttiva, ove richiama la nozione di "difetto di conformità", abbia inteso riferirsi esclusivamente a quei difetti originati dal mancato rispetto dei criteri presuntivi di cui al paragrafo precedente; non

⁶⁹ Così E. GABRIELLI, *Aliud pro alio e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, in *R. d. priv.* 2003, p. 667.

⁷⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva 1999/44/CE*, in *Contratto e impr. - Europa* 2001, p. 19 ss.; A. MANIACI, *sub art. 1519-nonies*, in *L'acquisto di beni di consumo*, cit., p. 99 s.

⁷¹ V., in tal senso, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 332-334.

invece ai difetti derivanti dal mancato rispetto dei criteri soggettivi di conformità al contratto, di cui al paragrafo 1, ovvero quei difetti che sono dovuti alla violazione del programma contrattuale stabilito dalle parti in ordine alle caratteristiche del bene⁷².

Tuttavia, ad una analisi più attenta dei criteri presuntivi delineati dall'art. 2, par. 2, anch'essi sembrerebbero integrare, almeno in parte, ipotesi di mancanza di qualità promesse, da intendersi come ipotesi in cui il venditore rilascia una promessa in ordine a certe caratteristiche del bene, che tuttavia ne risulta privo: la lett. b), invero, descrive l'ipotesi di non conformità del bene alla descrizione effettuata dal professionista; la lett. d), invece, individua l'ipotesi di inidoneità del bene all'uso pattuito con il venditore (lett. d)⁷³.

Dal sistema delineato dalla direttiva, dunque, emerge con chiarezza come il principio per cui la conoscenza o la conoscibilità del difetto da parte del compratore comporta l'esclusione della responsabilità del professionista fosse destinato ad operare anche laddove egli avesse garantito espressamente la presenza di certe caratteristiche del bene, così come peraltro accadeva anche nel diritto romano⁷⁴.

Diversamente, nel codice civile, il principio che sancisce l'esclusione della responsabilità del venditore per conoscenza o conoscibilità del vizio entra in bilanciamento con un diverso principio, pur non sconosciuto all'Unione europea, ovvero il principio del legittimo affidamento. Facile è intuire come dalle dichiarazioni del venditore circa le qualità del bene, possa sorgere in capo al consumatore un affidamento, che legittima l'abbassamento della soglia della diligenza normalmente impiegata per l'analisi del bene⁷⁵.

Il riconoscimento, da parte della direttiva europea, del legittimo affidamento del consumatore nelle dichiarazioni del professionista avrebbe contribuito peraltro al raggiungimento di quell'obbiettivo, più volte citato, di garantire un alto livello di tutela a favore del consumatore.

⁷² Cfr. sul punto G. DE CRISTOFARO, *L'esonero da responsabilità del venditore per i difetti di conformità che il consumatore conosceva o non poteva ragionevolmente ignorare "al momento della conclusione del contratto"*: brevi note su taluni aspetti problematici dell'attuazione dell'art. 2, par. 3, della direttiva 99/44/CE, cit., 193 s.

Ragionamento analogo peraltro era stato avanzato con riguardo all'interpretazione da attribuire all'art. 35, comma 3, della Convenzione di Vienna, il quale, nel dettare il principio per cui il venditore non è chiamato a rispondere dei difetti nel bene conosciuti dal compratore o non ignorabili, non prevedeva l'ipotesi in cui l'alienante avesse dichiarato che la cosa era esente da vizi. La dottrina, già in questa sede, aveva chiarito come, ove il venditore avesse rilasciato dichiarazioni in ordine all'assenza di vizi nel bene, l'art. 35, par. 3, non avrebbe trovato applicazione, poiché norma destinata a trovare applicazione solo ove ad essere conosciuti o conoscibili fossero i difetti derivanti dalla mancanza dei criteri presunti di conformità, di cui al par. 2 della disposizione, non anche ove i difetti fossero inerenti ai criteri di conformità previsti direttamente dalle parti in contratto (cfr. C.M. BIANCA, sub art. 35, cit., p. 150).

⁷³ Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 332-334.

⁷⁴ V. cap. I, par. 3.1.

⁷⁵ V. cap. I, nt. 89.

Per tali ragioni, nell'ipotesi il cui il bene fosse privo delle qualità promesse dal professionista, la norma di cui all'art. 2, par. 3, della direttiva, almeno nella parte che esclude i rimedi a favore del consumatore ove il difetto fosse anche solo conoscibile, avrebbe meritato di essere quantomeno temperata dal riconoscimento di un diritto all'affidamento del consumatore.

Per vero, è sembrato, almeno ad una prima analisi, di poter giungere ad una soluzione che contemplasse il rispetto del principio del legittimo affidamento, senza la necessità di modificare la disposizione in esame, ma ricercando una risposta all'interno del sistema delineato dalla stessa direttiva 1999/44/CE.

Tale soluzione prende le mosse dall'analisi di quella norma che ha attuato l'art. 8 della direttiva⁷⁶, ovvero l'art. 135 cod. cons., secondo il quale *«Le disposizioni del presente capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico.*

Per quanto non previsto nel presente articolo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita»⁷⁷.

L'art. 135 cod. cons. è norma che è stata oggetto di un vivace dibattito, che ha visto contrapporsi diverse tesi dottrinali in ordine alla questione relativa al criterio di applicabilità del diritto interno ai contratti di vendita consumeristici. In ordine a tale tematica, si sono contrapposti due orientamenti dottrinali, i quali hanno elaborato la tesi dell'interpretazione ad "effetto esogeno", da un lato, e la tesi dell'interpretazione ad effetto "endogeno", dall'altro, trovando poi composizione in un terzo orientamento, che potrebbe definirsi come intermedio⁷⁸.

L'orientamento che ha aderito alla tesi dell'interpretazione ad effetto esogeno si è mosso nell'ottica di limitare il più possibile l'applicabilità del diritto interno al contratto di vendita di beni di consumo, seppur con talune differenziazioni in dottrina. Taluni fautori di questa tesi, invero, hanno interpretato l'art. 135 cod. cons. nel senso che esso attribuisse al consumatore il diritto di esperire i rimedi di tutela ordinaria solamente nelle ipotesi in cui

⁷⁶ Secondo l'art. 8, della direttiva 1999/44/CE, *«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. 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».*

⁷⁷ Si segnala che l'art. 1519-*nonies* c.c., abrogato dal codice del consumo, contemplava un unico comma, corrispondente al comma 1° dell'art. 135 cod. cons., il quale ha dunque aggiunto un secondo comma alla disposizione del codice civile.

⁷⁸ Per un'analisi completa della disamina concernente tale tematica v. E.M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 336 ss.; C. PELLOSO, *op. cit.*, p. 99, nt. 23.

non sarebbero state applicabili le norme del codice del consumo⁷⁹; in quest'ottica, la disciplina dettata dal codice di consumo si afferma come speciale rispetto a quella dettata dal codice civile e il contratto di vendita di beni di consumo è stato qualificato alla stregua di un sottotipo contrattuale del contratto di vendita di beni mobili, che costituisce a sua volta il sottotipo del più generale contratto di compravendita disciplinato dal codice civile⁸⁰.

Altra parte della dottrina, invece, ha sostenuto che il consumatore fosse ammesso all'esercizio dei soli rimedi ad egli riservati in quanto consumatore, previsti al di fuori dal codice del consumo⁸¹.

L'interpretazione ad effetto endogeno, invece, consente al consumatore di scegliere liberamente tra i rimedi offerti dal diritto interno e quelli di matrice europea, senza alcuna riserva a favore del diritto comunitario, anche laddove vi fosse una corrispondenza funzionale tra i rimedi⁸².

Più convincente, in quanto aderente al dato letterale della novella e alla *ratio* della direttiva volta alla tutela del consumatore, si configura una tesi intermedia. Secondo tale

⁷⁹ Cfr. G. DE CRISTOFARO, voce *Vendita. Vendita dei beni di consumo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 2004, p. 4 s.

⁸⁰ Si riferisce in questi termini al contratto di compravendita di beni di consumo G. DE NOVA, *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel «Codice» del consumo*, in *Contratti* 2006, p. 391, il quale tuttavia ha chiarito come non fosse ammissibile una interpretazione letterale dell'art. 135, comma 2, per cui, nel silenzio del codice del consumo, si applicasse *solo* la disciplina dettata dal codice civile: il comma 2 dell'art. 135 avrebbe dovuto essere interpretato in chiave sistematica, alla luce anche del 1° comma della disposizione, che ammette l'applicazione anche di altre norme che attribuiscono diritti all'acquirente in quanto consumatore. Rispetto alla tesi illustrata nel testo individua diversi profili critici E.M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 337 s.: da un lato, la disciplina della vendita dei beni di consumo è applicabile, ai sensi dell'art. 128 cod. cons., anche ai contratti di permuta, di somministrazione, di appalto e di opera, per cui sarebbe necessario ipotizzare dei sottotipi contrattuali anche in base a questi contratti e, in base a ciò, «ripetere l'operazione di innesto della disciplina del sottotipo in quella del tipo per tutte le ipotesi contrattuali individuate»; dall'altro lato, invece, tale tesi è portatrice di un «inevitabile paradosso» ove impone di individuare dei sottotipi anche per quei contratti che possono considerarsi atipici, ai quali è applicabile la disciplina di matrice europea, come emerge dal richiamo dell'art. 128 cod. cons. a “tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre”.

⁸¹ Critici rispetto a tale interpretazione, che pur sembra essere quella deducibile dal dato letterale che richiama espressamente, al par. 1 dell'art. 8 della direttiva 99/44, così come anche all'art. 135, comma 1, cod. cons., il “consumatore”, A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 140 s., i quali hanno osservato come l'adesione a tale tesi avrebbe comportato la non applicabilità dell'art. 1494 c.c., che prevede il diritto al risarcimento, alle vendite di beni di consumo. In senso critico rispetto a tale tesi si pone anche E.M. LOMBARDI, *op. cit.*, 336 s., il quale ha osservato come una tale interpretazione dell'art. 135 cod. cons. avrebbe condotto a restringere eccessivamente i margini entro cui avrebbe potuto applicarsi il diritto interno.

⁸² V., in tal senso, T. DALLA MASSARA, sub *art. 1519-nonies*, *Commento al comma unico*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., p. 737 ss., il quale ha aderito a tale posizione oltretutto alla luce del dato letterale, altresì in base alla *ratio* complessiva della direttiva che mira alla tutela del consumatore, per cui non sarebbe stato ammissibile privare quest'ultimo di rimedi che gli sarebbero spettati in quanto acquirente in base al diritto nazionale. Aderisce alla tesi esposta anche E.M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 342 ss.

orientamento, ai sensi del 1° comma dell'art. 135 cod. cons., il consumatore avrebbe potuto avvalersi dei rimedi di diritto interno solo ove questi fossero a lui più favorevoli, in deroga alla disciplina consumeristica; ai sensi del comma 2°, invece, in caso di lacune normative della direttiva europea, sarebbero state pur sempre applicabili le disposizioni del codice civile in tema di compravendita, a prescindere dal livello di tutela garantito al consumatore⁸³.

Alla luce di tale interpretazione della norma, dunque, avrebbe potuto prospettarsi l'applicazione, alle vendite di beni di consumo, della disposizione di cui all'art. 1491, c.c., nella parte in cui riconosce al compratore la garanzia per vizi, anche in presenza di vizi facilmente riconoscibili, ove «*il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente da vizi*»: per questa parte del testo normativo, invero, l'art. 1491 c.c. si prospettava come norma più favorevole rispetto alla norma attuativa dell'art. 2, par. 3, della direttiva 99/44⁸⁴.

Come accennato nel capitolo precedente, la *ratio* dell'art. 1491, ultima parte, c.c. va individuata proprio nell'affidamento che ripone l'acquirente nella dichiarazione del venditore, che lo induce a non impiegare, nell'analisi del bene, lo stesso grado di diligenza che avrebbe impiegato ove non fosse intervenuta alcuna assicurazione da parte del venditore circa l'assenza di vizi del bene⁸⁵.

A ben vedere, però, neppure tale ricostruzione interpretativa sarebbe stata in grado di comporre la problematica attinente all'applicabilità dell'art. 2, par. 3, al caso in cui difettassero le qualità promesse del bene. Ed invero, l'art. 1491 c.c. regola la fattispecie in cui la dichiarazione del venditore presenta un contenuto negativo: l'alienante, invero, si limita ad assicurare al compratore l'assenza di vizi nel bene. La disposizione nulla dice, invece, con riguardo a quelle ipotesi in cui il venditore si impegni nei confronti del

⁸³ Sul punto, cfr. P. SIRENA, sub *art. 135*, in *La vendita dei beni di consumo. Artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, a cura di C.M. BIANCA, cit., p. 390 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 386; A. MANIACI, *op. cit.*, p. 90 ss.

⁸⁴ Una parte della dottrina, invero, ha ritenuto applicabile l'art. 1491, ultima parte, c.c., in quanto norma più favorevole al consumatore, ai contratti di vendita di beni di consumo: cfr. A. MANIACI, *op. cit.*, p. 104 s., secondo il quale, tuttavia, in caso di difetti conoscibili per il consumatore, ove il venditore avesse dichiarato che il bene è esente da difetti, non sarebbe stato comunque possibile azionare i rimedi previsti dalla normativa consumeristica, ma solamente la garanzia ai sensi degli artt. 1490 ss. c.c.; V. LAROSA, *op. cit.*, p. 221 s. Sul punto cfr. altresì G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 169-171; T. DALLA MASSARA, *op. ult. cit.*, p. 781.

Per altro verso, una parte della dottrina, ha escluso la necessità di invocare l'applicabilità dell'art. 1491, ultima parte, c.c., al contratto di vendita di beni di consumo, alla luce di una interpretazione teleologica dell'art. 129, comma 3, cod. cons.: se la *ratio* di tale disposizione si basa sullo «stato manifesto che la cosa assume in sede di determinazione del contenuto dell'impegno traslativo», nell'ipotesi in cui venga emessa una dichiarazione del venditore circa l'assenza di vizi, essa di per sé avrebbe determinato il «contenuto della prestazione traslativa», con la conseguenza che la norma in esame non avrebbe trovato applicazione (v. S. TROIANO, *op. cit.*, p. 137 s.).

⁸⁵ V. cap. I, nt. 89.

compratore a trasferire la proprietà di un bene con determinate qualità. Pertanto, anche ove si fosse ritenuto applicabile l'art. 1491, ultima parte, c.c. al contratto di vendita di beni di consumo, esso avrebbe riguardato solo le ipotesi in cui il professionista avesse assicurato al consumatore che il bene è esente da vizi, ma sarebbe rimasto inapplicato nelle ipotesi in cui il venditore avesse promesso determinate qualità nel bene.

Dunque, unica strada percorribile sarebbe stata quella di invocare i principi generali del contratto, tra i quali figura il legittimo affidamento del contraente.

L'importanza che a tale principio attribuisce l'Unione europea emerge dal richiamo che più volte viene fatto da parte della Corte di Giustizia europea, che lo impiega quale strumento per guidare il legislatore nazionale nell'opera di attuazione del diritto UE⁸⁶, nonché come parametro di validità delle norme dettate dal diritto europeo⁸⁷.

Emerge tuttavia come, a differenza dell'ordinamento nazionale, che garantisce l'operare del principio anche nell'ambito dei rapporti contrattuali, in quanto esso origina dal più generale principio di buona fede nell'esecuzione del contratto⁸⁸, la giurisprudenza della Corte di Giustizia si limiti a richiamarlo nei rapporti tra Stati membri ed UE.

Non è tuttavia da escludere che tale principio possa essere interpretato in modo tale da ammetterne l'applicazione nei rapporti privati regolati dal diritto di matrice europea. Tale possibilità avrebbe garantito al consumatore di non vedersi privato dei rimedi a fronte di un difetto di conformità, a lui riconoscibile, ove il professionista avesse dichiarato non solo che il bene fosse esente da vizi, ma altresì che il bene presentasse determinate qualità, come sembra paventare anche parte della dottrina⁸⁹.

⁸⁶ In questo senso, v. CGUE, sez. VIII, 07 agosto 2018, n. 120/17, secondo la quale «quando adottano misure attraverso le quali attuano il diritto dell'Unione, gli Stati membri sono tenuti a rispettare i principi generali di tale diritto, nel novero dei quali figura, in particolare, il principio di tutela del legittimo affidamento»; in senso conforme, v. altresì CGUE, sez. V, 15 aprile 2021, n. 798/18.

⁸⁷ In questo senso, v. CGUE, sez. VI, 17 dicembre 1998, n. 186, la quale, vagliando alla stregua dei principi generali del diritto europeo, la validità di talune norme dettate da un regolamento europeo, ha affermato che «dall'esame di principi generali del diritto comunitario come quelli di tutela del legittimo affidamento nonché del diritto fondamentale di proprietà non sono emersi elementi tali da inficiare la validità degli artt. 3, n. 1, e 4, n. 1, del regolamento n. 3950/92, nella parte in cui essi hanno trasformato in riduzione definitiva, senza indennità, la sospensione temporanea di una percentuale del quantitativo di riferimento supplementare, concesso mediante pagamento».

⁸⁸ Cfr. Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743, che, seppur con riguardo ai contratti di durata, collega il principio di buona fede al legittimo affidamento della parte contrattuale, dettando il seguente principio di diritto: «il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. legittima in punto di diritto l'insorgenza in ciascuna parte dell'affidamento che, anche nell'esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive ed esecuzione continuata, ciascuna parte si comporti nella esecuzione in buona fede, e dunque rispettando il correlato generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere generale del “*neminem laedere*”».

⁸⁹ V. P. PAGANELLI, *op. cit.*, p. 35 s., il quale ha affermato che, nell'ambito della disciplina consumeristica, ove fosse stata esclusa la responsabilità del professionista, a fronte di vizi riconoscibili, nonostante

Dalle considerazioni effettuate nel presente paragrafo, ad ogni modo, emerge come il principio che àncora la responsabilità del venditore agli stati soggettivi del compratore, se applicato alla vendita *B-to-C*, possa suscitare difficoltà sul piano di un coordinamento con altri principi pur riconosciuti dall'Unione europea, quale il principio del legittimo affidamento, tradendo d'altro canto la stessa *ratio* della disciplina in tema di conformità del bene al contratto, volta alla protezione del consumatore.

5. Le criticità applicative del principio che àncora al momento della conclusione del contratto la valutazione della conoscenza e conoscibilità del difetto, da parte del consumatore, al fine di escludere la responsabilità del professionista. Le ipotesi di vendita fuori dai locali commerciali, contratti a distanza e contratti di fornitura di beni di consumo da fabbricare e produrre

Tra le criticità sollevate dalla norma che fa dipendere dallo stato soggettivo del consumatore la responsabilità per difetti del professionista è stata evidenziata anche la questione relativa al momento in cui la conoscenza e conoscibilità del difetto assumono rilevanza. Ed invero, l'art. 2, par. 3, della direttiva fa riferimento, come momento nel quale valutare l'effettiva conoscenza del difetto o la sua conoscibilità, alla conclusione del contratto. In questo senso, la direttiva europea non introduce un elemento innovativo rispetto alla formulazione del principio di origine romanistica: il momento del perfezionamento del contratto è invero momento cui generalmente è stato ancorato il rilievo degli stati soggettivi del compratore, sia dagli ordinamenti nazionali, che dalla Convenzione di Vienna.

Tuttavia, il rilievo attribuito al momento della conclusione del contratto dalla direttiva ha suscitato talune criticità, alla luce dei tipi contrattuali diversi dalla vendita, rispetto ai quali essa trova applicazione: la direttiva si applica invero non solo al contratto di compravendita, ma anche ai contratti d'appalto, d'opera e a tutti gli altri contratti di fornitura di beni di consumo da fabbricare e produrre, espressamente assimilati al contratto di compravendita dall'art. 1, par. 4. D'altra parte, la disciplina dei difetti di conformità si applica anche a quei contratti, ai quali il diritto europeo riserva una disciplina autonoma,

quest'ultimo avesse dichiarato che il bene era esente da vizi ovvero avesse promesso che il bene possedeva determinate qualità, sarebbe stata integrata un violazione del principio di buona fede oggettiva che impone alla parte contrattuale di salvaguardare l'interesse dell'altra, almeno entro certi limiti.

come ad esempio i contratti conclusi fuori dai locali commerciali⁹⁰ o stipulati a distanza⁹¹, ove il bene viene consegnato successivamente alla stipulazione del contratto.

A ben vedere, i problemi applicativi dell'art. 2, par. 3, della direttiva si sono posti ogni qualvolta il bene oggetto del contratto venisse consegnato successivamente alla conclusione del contratto, come ad esempio nel caso di vendita di cosa generica, ove l'individuazione del bene è successiva alla conclusione del contratto⁹², e altresì nel caso di vendita di cosa futura⁹³.

In tutti i casi appena illustrati, stando ad una interpretazione letterale della disposizione in esame, si sarebbe dovuto concludere che l'art. 2, par. 3, fosse destinato a non trovare applicazione, poiché il consumatore non può procedere all'esame del bene al momento della conclusione del contratto e, pertanto, non è valutabile la conoscenza o la conoscibilità del difetto.

A sostegno di tale tesi, soccorre anche la formulazione dell'art. 3, par. 1, della direttiva, riprodotto quasi pedissequamente all'art. 130, comma 1, cod. cons., secondo il quale «Il venditore risponde al consumatore di *qualsiasi difetto di conformità* esistente al momento della consegna del bene». L'impiego dell'espressione «*qualsiasi difetto di*

⁹⁰ La disciplina dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali è stata armonizzata dalla direttiva 85/577/CEE, attuata nell'ordinamento italiano attraverso il d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, ora abrogato dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, che ha previsto gli artt. 44-66 del codice del consumo.

⁹¹ I contratti stipulati a distanza sono disciplinati dalla direttiva 97/7/CE, attuata nell'ordinamento italiano con d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185, anch'esso abrogato dal d.lgs. n. 21 del 2014, che ha introdotto gli artt. 44-66 del codice del consumo.

In ordine alla disciplina dettata dalla direttiva europea e dalla prima normativa di attuazione in tema di contratti stipulati a distanza, v. G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium Iuris* 1999, p. 1189 ss.

In generale, sulla riforma dettata dal d.lgs. 2014 n. 21, v. altresì S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti* 2014, p. 796 ss.

⁹² V., in tal senso, A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 56; cfr. altresì S. TROIANO, *op. cit.*, p. 131 s.

⁹³ Secondo E. FERRICELLI, *op. cit.*, p. 141, il professionista non avrebbe potuto giovare dell'esimente prevista dalla disciplina di matrice comunitaria nelle ipotesi di vendita di cosa futura o con spedizione, mancando una disposizione *ad hoc* nel codice civile – che avrebbe potuto essere applicata anche alle vendite di beni di consumo – regolante le ipotesi in cui il bene oggetto della vendita non possa essere esaminato prima della conclusione del contratto, come ad esempio quelle dettate in tema di contratto d'opera o d'appalto, agli artt. 1667 c.c. e 2226 c.c.

Esclude l'applicabilità dell'esimente in esame al contratto di vendita futura anche S. TROIANO, *op. cit.*, p. 130.

Sul punto v. altresì V. LAROSA, *op. cit.*, p. 224, il quale ha osservato come anche l'applicabilità dell'art. 1491 c.c. fosse esclusa dalla giurisprudenza in caso di vendita futura, così come nell'ipotesi di vendita stipulata dal rappresentante, ove il bene fosse consegnato al rappresentato successivamente al perfezionamento del contratto.

In ordine all'applicabilità dell'art. 1491 c.c., in ipotesi in cui il bene non sia visionabile al momento della conclusione del contratto, v. cap. I, nt. 77.

conformità» sembra chiarire come la responsabilità del professionista attenga a tutti i difetti di conformità esistenti al momento della consegna, anche laddove questi non fossero presenti al momento della conclusione del contratto. Conseguentemente, se il difetto di conformità fosse sorto dopo la conclusione del contratto ma prima della consegna, il professionista sarebbe stato chiamato a risponderne, rimanendo ad egli preclusa l'esimente di cui all'art. 129, comma 3, cod. cons., anche laddove il consumatore, al momento della consegna, avesse avuto effettiva contezza del difetto o fosse stato rilevabile, impiegando un grado di diligenza minima nell'analisi del bene⁹⁴.

Nel silenzio della direttiva 1999/44/CE, dunque, l'art. 2, par. 3, in base alla sua interpretazione letterale, nelle ipotesi in cui il bene sia destinato ad essere consegnato in un momento successivo alla conclusione del contratto, non avrebbe trovato applicazione: conclusione questa foriera di diverse ricadute pratiche.

In primo luogo, la non applicabilità dell'art. 2, par. 3, alle ipotesi illustrate, avrebbe condotto alla creazione di situazioni di disparità tra il consumatore che ha stipulato il contratto in presenza, sul quale sarebbe gravato l'onere di analizzare il bene, pena la perdita dei propri diritti a fronte di un difetto di conformità, e il consumatore che ha stipulato il contratto a distanza o fuori dai locali commerciali, nonché un contratto d'opera o d'appalto, il quale non sarebbe stato tenuto a nessun tipo di esame del bene, neppure nel momento in cui sarebbe stato per lui effettuabile, ovvero al momento della consegna.

In secondo luogo, la non operatività dell'esimente di cui all'art. 2, par. 3, alle ipotesi in cui il bene non sia consegnato contestualmente alla vendita, avrebbe potuto avere una ricaduta pratica anche con riguardo all'onere di denuncia del difetto a carico del consumatore, previsto all'art. 132, comma 2, cod. cons.⁹⁵. Ed invero, nell'ipotesi in cui il consumatore fosse venuto a conoscenza del difetto dopo il perfezionamento del contratto ma prima della consegna, premesso che non avrebbe trovato più applicazione l'esimente di cui all'art. 2, par. 3, il termine di due mesi per la denuncia dei vizi al professionista sarebbe iniziato a decorrere solo dal momento della consegna e non più dalla scoperta del difetto, alla luce di un'interpretazione che considera la consegna del bene con difetti di conformità

⁹⁴ V., sul punto, V. LAROSA, *op. cit.*, p. 224.

⁹⁵ Secondo l'art. 5, par. 1, della direttiva 1999/44/CE, «*Gli Stati membri possono prevedere che grava sul consumatore, per esercitare i suoi diritti, l'onere di denunciare al venditore il difetto di conformità entro il termine di due mesi dalla data in cui ha constatato siffatto difetto*». Il legislatore italiano ha introdotto un termine entro il quale deve effettuarsi la denuncia del vizio all'art. 132, comma 2, del codice del consumo, secondo il quale «*Il consumatore decade dai diritti previsti dall'articolo 130, comma 2, se non denuncia al venditore il difetto di conformità entro il termine di due mesi dalla data in cui ha scoperto il difetto. La denuncia non è necessaria se il venditore ha riconosciuto l'esistenza del difetto o lo ha occultato*».

presupposto per l'esercizio dei diritti nascenti dalla disciplina consumeristica⁹⁶. Dunque, sotto tale profilo, sarebbe stato significativamente favorito il consumatore, a discapito del professionista. Peraltro, è stato evidenziato altresì come tale soluzione avrebbe potuto aprire al rischio di comportamenti "abusivi" del consumatore, il quale avrebbe potuto ricevere il bene difettoso in consegna e utilizzarlo per un certo periodo, pur a conoscenza dei difetti che esso presenta, per poi, poco prima della scadenza del termine per la denuncia del difetto, effettuare la denuncia ed esercitare i rimedi previsti dalla direttiva⁹⁷.

Neppure in sede di attuazione, d'altra parte, sono state rilevate le criticità applicative pocanzi illustrate: la disposizione di cui all'art. 129, comma 3, cod. cons., infatti, ha attribuito rilievo solo al momento della conclusione del contratto, mentre è rimasto privo di rilievo il momento della consegna del bene.

Parte della dottrina ha cercato tuttavia di individuare delle soluzioni interpretative che permettessero di applicare l'esimente alle ipotesi contrattuali caratterizzate dall'assenza del bene al momento della conclusione del contratto, interpretando estensivamente la formula dettata dalla disposizione in esame, al fine di modellarla ai contratti di volta in volta considerati⁹⁸, talvolta ricorrendo alla disciplina propria dei singoli contratti, talaltra facendo riferimento a principi di carattere generale.

In quest'ottica, con riguardo alle vendite concluse fuori dai locali commerciali ovvero concluse attraverso tecniche di comunicazione a distanza, si è fatto leva sul diritto di recesso che viene attribuito al consumatore, esercitabile entro un c.d. periodo di ripensamento⁹⁹. Osserva la dottrina¹⁰⁰ che, a prescindere dalla individuazione del momento

⁹⁶ Secondo P. AGOSTINELLI, sub art. 1519-sexies, *Commento al comma 2*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., p. 565 s., ove i difetti fossero stati scoperti dopo il perfezionamento del contratto ma prima della consegna del bene, il momento da cui sarebbe decorso il termine per la denuncia sarebbe corrisposto al momento della consegna, alla luce del fatto che la consegna del bene difettoso è presupposto per l'esercizio dei diritti accordati dalla direttiva al consumatore.

⁹⁷ V., in tal senso, A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 56.

⁹⁸ Secondo E. FERRICELLI, *op. cit.*, p. 142, «Sarebbe stato preferibile che il legislatore avesse articolato la previsione normativa di cui all'art. 1519-ter, 3° comma, c.c. [poi art. 129, comma 3, cod. cons.] modulandola sul tipo contrattuale al quale applicarla».

⁹⁹ Secondo l'art. 5 della direttiva 85/577/CE, «*Il consumatore ha il diritto di rescindere il proprio impegno indirizzando una comunicazione entro un termine di almeno 7 giorni dal momento in cui ha ricevuto l'informazione di cui all'articolo 4, e secondo le modalità e condizioni prescritte dalla legislazione nazionale. Per l'osservanza del termine è sufficiente che la comunicazione sia inviata prima della scadenza del termine stesso. Con l'invio della comunicazione il consumatore è liberato da tutte le obbligazioni derivanti dal contratto rescisso*».

Secondo l'art. 6, par. 1, della direttiva 97/7/CE, «*Per qualunque contratto negoziato a distanza il consumatore ha diritto di recedere entro un termine di almeno sette giorni lavorativi senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo. Le uniche spese eventualmente a carico del consumatore dovute all'esercizio del suo diritto di recesso sono le spese dirette di spedizione dei beni al mittente*».

L'art. 52, comma 1, cod. cons., sancisce, invece, che «*Fatte salve le eccezioni di cui all'articolo 59, il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato*

di conclusione del contratto (con il consenso delle parti o allo scadere del termine utile per esercitare il diritto di recesso), è indubbio che l'accordo contrattuale produca i suoi effetti stabilmente solo nel momento in cui non è più possibile per il consumatore esercitare il diritto di recesso. Da tale premessa, si è avanzata l'ipotesi per cui l'art. 2, par. 3, potesse essere interpretato in senso estensivo, in modo da coniugare l'esimente della responsabilità del venditore alla disciplina delle figure contrattuali in esame: il momento rilevante per la valutazione circa la conoscenza o conoscibilità del difetto avrebbe dovuto configurarsi non nel momento in cui convergono le volontà negoziali, ma allo scadere del periodo di ripensamento, che decorre generalmente dalla consegna dei beni¹⁰¹. A ragionar diversamente, invero, l'art. 2, par. 3, sarebbe stato nei fatti inapplicabile a tali fattispecie contrattuali, in quanto sarebbe stato assai difficile per il consumatore visionare il bene prima della consegna¹⁰².

D'altro canto, una parte della dottrina, ritenendo invece rilevante il momento in cui viene conclusa la vendita, da ravvisarsi non allo scadere del termine per esercitare il recesso, ma nel momento dello scambio dei consensi, si è orientata verso una interpretazione letterale dell'art. 2, par. 3, escludendo che ai contratti stipulati a distanza o fuori dai locali commerciali potesse applicarsi l'esimente in esame, non potendo generalmente il consumatore visionare il bene al momento della stipulazione del

fuori dei locali commerciali senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi diversi da quelli previsti all'articolo 56, comma 2, e all'articolo 57».

¹⁰⁰ V., in tal senso, G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 172-174; A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 57.

¹⁰¹ Ai sensi dell'art. 52, comma 2, cod. cons., «Fatto salvo l'articolo 53, il periodo di recesso di cui al comma 1 termina dopo quattordici giorni a partire:

a) nel caso dei contratti di servizi, dal giorno della conclusione del contratto;

b) nel caso di contratti di vendita, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dei beni o:

1) nel caso di beni multipli ordinati dal consumatore mediante un solo ordine e consegnati separatamente, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell'ultimo bene;

2) nel caso di consegna di un bene costituito da lotti o pezzi multipli, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell'ultimo lotto o pezzo;

3) nel caso di contratti per la consegna periodica di beni durante un determinato periodo di tempo, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico del primo bene;

c) nel caso di contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale, dal giorno della conclusione del contratto».

¹⁰² V., in questo senso, G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 174 s.; cfr. altresì A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 57.

contratto¹⁰³. D'altro canto, un'interpretazione diversa da quella letterale sarebbe stata in contrasto con la *ratio* della direttiva 1999/44/CE, che mira a garantire un elevato grado di tutela al consumatore¹⁰⁴; *ratio* peraltro condivisa anche dalla disciplina dettata per regolare i contratti stipulati a distanza e fuori dai locali commerciali¹⁰⁵. Ed invero, l'art. 2, par. 3, si presenta, nel complesso, come norma di sfavore per il consumatore: ampliare il suo campo applicativo, attraverso un'opera interpretativa di tipo sistematico, avrebbe significato aumentare le ipotesi in cui il consumatore sarebbe stato privato della tutela garantita dalla direttiva.

Secondo questa posizione dottrinale, dunque, l'unico caso in cui si sarebbe potuta ipotizzare l'applicabilità dell'art. 2, par. 3, alle figure contrattuali in esame, è quella in cui il consumatore fosse a conoscenza dei vizi, pur senza aver visionato il bene, ma sarebbe comunque rimasta preclusa l'operatività della norma con riguardo ai vizi riconoscibili¹⁰⁶.

Anche per quanto attiene ai contratti d'opera e d'appalto, nonché a tutti i contratti di fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre, si sarebbe potuta avanzare un'interpretazione non letterale che permettesse l'applicabilità dell'esimente di cui all'art. 2, par. 3, richiamando la disciplina dei singoli contratti in esame. Con riguardo a questi contratti, infatti, il momento rilevante ai fini della valutazione in ordine alla conoscenza o conoscibilità del difetto viene individuato dal codice civile nel momento dell'accettazione dell'opera. Segnatamente, secondo, l'art. 1667, comma 1, c.c., dettato in tema di appalto, «*La garanzia non è dovuta se il committente ha accettato l'opera e le difformità o i vizi erano da lui conosciuti o erano riconoscibili*»; l'art. 2226, comma 1, c.c., dettato in tema di contratto d'opera, sancisce invece che «*L'accettazione espressa o tacita dell'opera libera il prestatore d'opera dalla responsabilità per difformità o per vizi della medesima, se all'atto dell'accettazione questi erano noti al committente o facilmente riconoscibili*».

Applicando quindi il principio ricavabile dagli artt. 1667, comma 1, c.c. e 2226, comma 1, c.c., l'art. 2, par. 3, sarebbe dovuto essere interpretato nel senso che, ove il consumatore concludesse con il professionista un contratto di fornitura di beni da fabbricare o produrre, il professionista non sarebbe stato chiamato a rispondere del difetto,

¹⁰³ V., in questo senso, E. FERRICELLI, *op. cit.*, p. 139 s. Cfr. altresì V. LAROSA, *op. cit.*, p. 223, secondo il quale l'esimente avrebbe potuto rilevare solo al momento della conclusione del contratto, che precede necessariamente l'esercizio del diritto di recesso.

¹⁰⁴ Fonda sulla *ratio* della direttiva, volta a tutelare il consumatore, quale parte debole del rapporto, il criterio con il quale escludere l'applicabilità dell'art. 129, comma 3, cod. cons. ai contratti stipulati a distanza o fuori dai locali commerciali S. TROIANO, *op. cit.*, p. 133 e, in particolare, p. 135, nt. 127, ove l'A. precisa che sarebbe stato un paradosso immaginare che il diritto al recesso, previsto a tutela del consumatore, si risolvesse in un pregiudizio per quest'ultimo.

¹⁰⁵ V. il rilievo di S. TROIANO, *op. cit.*, p. 135.

¹⁰⁶ Sul punto, cfr. V. LAROSA, *op. cit.*, p. 224; S. TROIANO, *op. cit.*, p. 129.

ove il consumatore conoscesse o non potesse ignorare il vizio, al momento dell'accettazione dell'opera¹⁰⁷.

Tuttavia, anche con riguardo a questa tesi che interpreta estensivamente la formula di cui all'art. 2, par. 3, modellandola in base al tipo contrattuale, sono ripercorribili le stesse critiche pocanzi avanzate con riguardo ai contratti stipulati a distanza o fuori dai locali commerciali: la lettera della disposizione in esame non sembra lasciare adito ad interpretazioni di carattere sistematico, anche alla luce del fatto che l'art. 3 della direttiva si riferisce a qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna e che una interpretazione letterale della norma è certamente più favorevole al consumatore¹⁰⁸.

Altra strada percorsa dalla dottrina per ammettere l'applicabilità dell'esimente di cui all'art. 2, par. 3, laddove il bene oggetto della vendita non fosse presente al momento della conclusione del contratto, è stata ravvisata nell'applicazione al contratto di vendita di beni di consumo di principi generali, ricavabili dal contratto di vendita regolato dal codice civile. Segnatamente, è stata prospettata la possibilità di rendere applicabile il principio ricavabile dall'art. 1511 c.c., dettato dal codice civile per le vendite tra piazze diverse, secondo il quale «*Nella vendita di cose da trasportare da un luogo a un altro, il termine per la denuncia dei vizi e dei difetti di qualità apparenti decorre dal giorno del ricevimento*». L'applicabilità della disposizione citata sarebbe giustificata dalla sua idoneità ad assurgere a disciplina di carattere generale, ogniqualvolta il bene non possa essere esaminato al momento della conclusione del contratto: essa invero si attergerebbe quale «norma complementare» già della disposizione di cui all'art. 1491 c.c. e, conseguentemente, per le vendite di beni di consumo, dell'art. 129, comma 3, cod. cons., in quanto volta a tutelare quegli interessi che le norme citate non possono soddisfare¹⁰⁹.

¹⁰⁷ V., sul punto, E. FERRICELLI, *op. cit.*, p. 140, il quale ha ritenuto opportuna l'applicazione degli artt. 1667 e 2226 c.c. ai contratti d'appalto o d'opera stipulati da un professionista e un consumatore, considerato che «la nuova disciplina sulla vendita dei beni di consumo non esclude né limita l'applicazione della normativa già presente nel codice civile».

¹⁰⁸ In tal senso, v. V. LAROSA, *op. cit.*, p. 226. Che un'interpretazione estensiva dell'art. 129, comma 3, cod. cons., tale da attribuire rilevanza al momento dell'accettazione dell'opera, non sarebbe stata coerente con la *ratio* della direttiva lo ha ravvisato altresì S. TROIANO, *op. cit.*, p. 131; cfr. altresì G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 177 s., il quale ha osservato come le disposizioni di cui agli artt. 2226, comma 1, e 1667, comma 1, c.c. non fossero applicabili ai contratti stipulati tra professionisti e consumatori, in quanto avrebbero impedito al consumatore di azionare rimedi altrimenti azionabili, e dunque fossero incompatibili con la direttiva.

Sul punto, cfr. anche A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 57, secondo i quali gli artt. 1667 e 2226 c.c. potrebbero trovare applicazione alla fattispecie consumeristica «solo qualora vengano fatti valere dal committente i rimedi di cui all'art. 1668 c.c., sempre che ciò si ritenga ammissibile alla luce di quanto disposto nell'art. 1519 *nonies* [poi art. 135 cod. cons.]».

¹⁰⁹ V., in tal senso, F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 408.

L'art. 1511 c.c., invero, si applica a quelle ipotesi in cui il bene oggetto della vendita sia destinato ad essere consegnato in un momento successivo rispetto a quello di perfezionamento del contratto: in tali casi, secondo la norma, il momento da cui decorre il termine per la denuncia del vizio coincide con il "giorno del ricevimento", in quanto momento dal quale il compratore è in grado di operare l'esame del bene e scoprire gli eventuali vizi o la mancanza di qualità apparenti.

Dunque, in applicazione del principio ricavabile dall'art. 1511 c.c., ove il bene fosse stato consegnato in un momento successivo alla stipulazione del contratto, la conoscenza e conoscibilità del difetto sarebbero dovuti essere valutati al momento del "ricevimento" del bene, in quanto momento in cui il consumatore è nella possibilità di procedere all'esame del bene.

Riemerge tuttavia, in tal caso, la questione relativa all'applicabilità nel sistema consumeristico, dettato dalla direttiva 99/44, delle norme del codice civile dettate in tema di vendita, ai sensi del già citato art. 135, cod. cons. Emerge chiaramente come l'applicabilità dell'art. 1511 c.c. alle vendite di beni di consumo avrebbe prodotto un aggravio della posizione del consumatore, che, in assenza di tale norma, non avrebbe perduto i diritti garantiti dalla direttiva, anche laddove fosse stato a conoscenza del difetto al momento della consegna del bene. Se dunque si abbracciasse quella tesi per cui le norme del codice civile sono applicabili ai contratti di vendita di beni di consumo solo ove producano degli effetti favorevoli al consumatore, si dovrebbe escludere che l'art. 1511 c.c. potesse trovare applicazione.

Alla luce delle brevi considerazioni in ordine alle criticità applicative dell'art. 2, par. 3, della direttiva, riproposte in sede di attuazione con l'art. 129, comma 3, cod. cons., emerge un quadro normativo non del tutto omogeneo: sul consumatore gravava l'onere dell'analisi del bene solo a fronte di vendite in presenza, mentre non altrettanto nel caso in cui il bene fosse consegnato successivamente, con ricadute anche in ordine all'onere di denuncia. Si generava dunque un'evidente disparità di tutela, che, seppur poteva essere giustificata dalla protezione del consumatore nel caso di vendite di beni a distanza, suscitava l'esigenza di individuare una composizione sistematica, anche alla luce del rischio di condotte abusive da parte del consumatore.

Senonché, al fine di dipanare le criticità applicative suscitate dalla formulazione della disposizione, sarebbe stato sufficiente individuare come momento in cui procedere alla valutazione della conoscenza o conoscibilità dei difetti il momento della consegna.

IL SUPERAMENTO DEL PRINCIPIO CHE RICONNETTE ALLA CONOSCENZA E
CONOSCIBILITÀ DEL DIFETTO DA PARTE DEL CONSUMATORE
L'ESCLUSIONE DELLA RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA: LA
SOLUZIONE ACCOLTA NELLA DIRETTIVA (UE) 2019/771, RELATIVA A
DETERMINATI ASPETTI DEI CONTRATTI DI VENDITA DI BENI

SOMMARIO: Sezione I – 1. Il progressivo superamento del principio che esclude la responsabilità del venditore per difetti di conformità, ove questi fossero conosciuti o conoscibili al compratore, sul piano del diritto europeo: la proposta della Commissione europea per una «*Common European Sales Law*» – 1.1. La scelta di elidere qualsiasi riferimento al principio che fa dipendere dagli stati soggetti del compratore la responsabilità del venditore e l'attribuzione della facoltà alle parti contrattuali di addivenire ad un patto derogativo dei requisiti presuntivi di conformità al contratto – 1.2. Il rilievo della conoscenza e conoscibilità del difetto da parte del compratore, ai sensi dell'art. 104, dell'Allegato I, nell'ambito dei soli contratti stipulati da professionisti - Sezione II – 2. La Direttiva (UE) 2019/771, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni – 2.1. L'obiettivo del legislatore europeo: la flessibilità delle norme e il conseguente rilievo attribuito alla autonomia privata. L'ulteriore finalità antielusiva e la garanzia di un elevato livello di tutela del consumatore – 2.2. La facoltà di scostamento, espressamente e separatamente accettato dal consumatore, dai requisiti oggettivi di conformità, introdotta dall'art. 7, par. 5 – Sezione III – 3. I profili di criticità suscitati dalla disposizione che consente la deroga dei requisiti oggettivi di conformità, in presenza di una specifica informazione e della accettazione espressa e separata del difetto di conformità da parte del consumatore – 3.1. L'autonomia privata e l'imperatività delle norme. L'incidenza della derogabilità della disciplina sull'obiettivo di armonizzazione massima – 3.2. Un sistema normativo (in)coerente. L'inderogabilità pattizia prevista dalla Direttiva (UE) 2011/83 – 3.3. La natura giuridica dei patti di deroga ai requisiti oggettivi di conformità: clausole limitative della responsabilità del professionista o determinative dell'oggetto del contratto? – 3.4. I profili di criticità sul piano ermeneutico e applicativo suscitati dall'art. 7, par. 5 – Sezione IV – 4. L'elisione dell'esimente della responsabilità del professionista alla luce della conoscenza e della conoscibilità del difetto da parte del consumatore e l'introduzione del principio di derogabilità della disciplina consumeristica: la soluzione alla molteplicità dei profili di criticità suscitati dalla disciplina precedente – 4.1. L'elevata tutela del consumatore, il bilanciamento degli interessi delle parti. Il superamento delle criticità interpretative suscitate della disciplina previgente – 4.2. Verso una disciplina aderente ai principi fondanti il rapporto obbligatorio – 4.3. Un sistema che tutela il legittimo affidamento del consumatore a fronte della dichiarazione del professionista circa la presenza di determinate qualità del bene – 4.4. L'apposizione ai contratti stipulati a distanza del patto derogatorio della disciplina di conformità del bene al contratto – 4.5. Conclusioni. Il rilievo della conoscenza del consumatore al momento della conclusione del contratto, alla luce del principio di buona fede e dell'abuso del diritto.

Sezione I

1. *Il progressivo superamento del principio che esclude la responsabilità del venditore per difetti di conformità, ove questi fossero conosciuti o conoscibili al compratore, sul piano del diritto europeo: la proposta della Commissione europea per una «Common European Sales Law»*

Il diritto della vendita dell'Unione europea ha subito, nel corso del tempo, diversi tentativi di riforma¹, fino all'adozione della direttiva (UE) 2019/771, che ha abrogato la direttiva 1999/44/CE: quello che emerge dal susseguirsi delle normative di stampo europeo è un progressivo superamento del principio che fa dipendere dagli stati soggetti del compratore la responsabilità per vizi del venditore.

¹ Per vero, i progetti di riforma hanno avuto riguardo ad un ben più ampio obiettivo rispetto a quello di disciplinare in via uniforme il solo contratto di vendita. Già a partire dal 2001, infatti, era emersa la volontà di creare a livello europeo un corpo unico di norme relative al diritto dei contratti. In questa data, la Commissione aveva avviato un'ampia consultazione pubblica avente ad oggetto il frammentario quadro giuridico relativo al diritto dei contratti, valorizzando gli effetti ostativi che questo comportava per gli scambi transfrontalieri (COM (2001) 398 del 11 luglio 2001).

Nel 2008, si era avanzato il tentativo di addivenire ad una direttiva sui diritti del consumatore, volta ad un'armonizzazione massima con riguardo a taluni aspetti della disciplina contrattuale consumeristica, tra i quali la disciplina concernente il difetto di conformità. La Proposta di direttiva (COM(2008) 614 definitivo - 2008/0196 (COD)), adottata l'11 ottobre 2008, non era stata tuttavia adottata in via definitiva, a causa, secondo la dottrina, di una «preclusione nazionale ad innalzare il livello di tutela» (v. S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *G. it.* 2020, p. 220, nt. 38, il quale segnala come la proposta di direttiva era stata poi sostituita con la Proposta di Regolamento per una *Common European Sales Law* (CESL), la cui applicazione rimaneva opzionale e il cui testo si avvicinava maggiormente alla disciplina dettata dalla Convenzione di Vienna).

Nel 2010, la Commissione aveva avviato una seconda consultazione pubblica tramite libro verde, esponendo le possibili strategie per consolidare il mercato interno attraverso l'elaborazione del diritto europeo dei contratti (COM (2010) 348 definitivo del 1 luglio 2010); essa aveva emesso inoltre la comunicazione "Europa 2020", nella quale ribadiva la necessità di garantire alle imprese e ai consumatori la possibilità di concludere dei contratti con paesi di altri Stati Membri senza difficoltà, valutando la possibilità dell'introduzione di una "legge europea facoltativa in materia di contratti".

In risposta al libro verde, il Parlamento Europeo, l'8 luglio 2011, aveva adottato una risoluzione in cui si esprimeva in senso favorevole all'adozione di strumenti che facessero progredire il mercato interno e tutelassero i consumatori e i professionisti.

Menzionavano l'iniziativa sul diritto europeo dei contratti anche l'atto per il mercato unico (COM (2011) 206 definitivo, p. 19, del 13 aprile 2011), nonché la relazione in ordine ai progressi compiuti in attuazione di "Europa 2020", allegato I dell'analisi attuale della crescita (COM (2011) 11 – A1/2, p. 5, del 12 gennaio 2010).

Bisognerà attendere il 2011 per l'adozione, da parte della Commissione, di una proposta di Regolamento volto a uniformare, a livello europeo, il diritto dei contratti.

La ricostruzione del processo che, in seno agli organi europei, ha condotto alla adozione della proposta di Regolamento è rinvenibile alla pagina 5 della relazione alla proposta di Regolamento (COM (2011) 635 definitivo del 11 ottobre 2011).

Un primo passo verso il superamento di tale principio, e con esso delle relative criticità ermeneutiche e applicative suscitate, si scorge nella Proposta, presentata l'11 ottobre 2011 dalla Commissione europea, di Regolamento «relativo a un diritto comune europeo della vendita»², ovvero il «*Common European Sales Law*», c.d. CESL. Nel testo di tale proposta, invero, viene eliminato qualsiasi rilievo alla semplice conoscenza e alla conoscibilità del difetto, ai fini dell'esclusione della responsabilità del professionista: solo un accordo stipulato tra professionista e consumatore, il quale vanti una conoscenza specifica dei difetti del bene ed esprima la sua accettazione a tale condizione del bene, può derogare ai criteri di conformità al contratto, ai sensi dell'art. 99, par. 3, Allegato I, CESL.

Come si evince dalla relazione allegata alla proposta, la *ratio* di tale Regolamento rifletteva l'esigenza di comporre le differenze in materia di diritto dei contratti degli ordinamenti degli Stati membri, al fine di stimolare l'attività commerciale entro le maglie dell'Unione europea. Ed invero, si era osservato come le diversità nella disciplina contrattuale potessero comportare molti costi aggiuntivi per i professionisti, relativi al reperimento delle norme straniere applicabili, alla consulenza legale, alla necessità di negoziare la scelta della legge applicabile nelle contrattazioni tra imprese (con riguardo soprattutto alle piccole e medie imprese, che usualmente si trovavano costrette a sopportare l'applicazione dell'impresa di maggiori dimensioni) e di adeguare i contratti ai requisiti di legge nelle contrattazioni tra imprese e consumatori; per quanto attiene alla posizione dei consumatori, si è invece osservato come, a causa della riluttanza a concludere contratti con imprese straniere, questi vantassero una scelta più limitata di prodotti e ad un prezzo superiore³.

Nel testo del Regolamento, pertanto, all'art. 1⁴, veniva chiarito l'obiettivo primario della normativa: migliorare il funzionamento del mercato interno, al fine di agevolare gli scambi transfrontalieri sia per le imprese che per i consumatori.

² COM (2011) 635 definitivo del 11 ottobre 2011.

³ V. p. 2 s. della Relazione alla proposta.

⁴ Ai sensi dell'art. 1 della proposta di Regolamento, «*Il presente regolamento intende migliorare le condizioni per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, predisponendo un corpus uniforme di norme di diritto dei contratti di cui all'allegato I ("diritto comune europeo della vendita"). Dette norme possono essere utilizzate nelle transazioni transfrontaliere per la vendita di beni, la fornitura di contenuto digitale e la prestazione di servizi connessi, qualora le parti del contratto lo convengano.*

Il presente regolamento consente ai professionisti di avvalersi di un corpus comune di norme e applicare le stesse clausole contrattuali a tutte le loro transazioni transfrontaliere, riducendo così i costi superflui e garantendo nel contempo un livello elevato di certezza giuridica.

Per quanto riguarda i contratti tra professionisti e consumatori, il presente regolamento contiene un corpus completo di norme a tutela dei consumatori intese a garantire un livello elevato di protezione, rafforzare la fiducia dei consumatori nel mercato interno e stimolarli ad acquistare oltre frontiera».

Il Regolamento proposto dalla Commissione si presentava dunque come un *corpus* autonomo e uniforme di norme attinente al diritto dei contratti, il c.d. “diritto comune europeo della vendita”, che si poneva, data la sua applicazione facoltativa⁵, determinata da un accordo tra le parti⁶, come un “secondo regime di diritto dei contratti nell’ambito dell’ordinamento nazionale di ciascuno Stato membro”⁷.

La scelta dello strumento del Regolamento appariva come la più adatta al raggiungimento dello scopo⁸. D’altra parte, la direttiva di armonizzazione in tema di vendita di beni di consumo, ovvero la direttiva 1999/44/CE, era una direttiva di armonizzazione minima, mentre il sistema giuridico concepito dalla Commissione non solo avrebbe garantito un’armonizzazione massima e completa, ma avrebbe anche escluso la necessità di identificare le norme imperative a tutela del consumatore, in quanto costituito da «un *corpus* completo di norme imperative»⁹, che si sarebbero presentate come «norme completamente armonizzate», volte a garantire «un elevato livello di protezione del consumatore in tutto il territorio dell’Unione europea»¹⁰.

Neppure la Convenzione di Vienna del 1980¹¹, d’altro canto, veniva valutata come strumento idoneo alla piena armonizzazione della disciplina relativa ai contratti, in quanto essa regolava solo alcuni aspetti dei contratti di vendita, mentre non disciplinava altri aspetti molto importanti, quali i vizi del consenso, le clausole abusive e la prescrizione. Inoltre, alla Convenzione non avevano aderito gli Stati membri dell’Unione europea all’unanimità¹² ed essa non prevedeva neppure un meccanismo di interpretazione conforme delle norme¹³. Si segnala altresì come la Convenzione di Vienna presentasse anche un

⁵ V. art. 3, in base al quale «*Le parti possono convenire che il diritto comune europeo della vendita disciplina i loro contratti transfrontalieri di vendita di beni, di fornitura di contenuto digitale e di prestazione di servizi connessi rientranti nel campo di applicazione territoriale, materiale e personale definito agli articoli da 4 a 7*».

⁶ V. art. 8 della proposta, secondo cui «*L’applicazione del diritto comune europeo della vendita è subordinata all’accordo delle parti [...]. Nei rapporti tra professionista e consumatore l’accordo di applicare il diritto comune europeo della vendita è valido solo se il consenso del consumatore è prestato con una dichiarazione esplicita distinta dalla dichiarazione che esprime l’accordo a concludere il contratto [...]*».

⁷ V. p. 4 della Relazione alla proposta.

⁸ V. p. 8 e 11 della Relazione alla proposta.

⁹ V. i considerando n. 11, 12 e p. 9 della Relazione alla proposta.

¹⁰ V. p. 4 della Relazione alla proposta.

¹¹ I rapporti tra il Regolamento e la Convenzione di Vienna venivano regolati dal considerando n. 25 del Regolamento, secondo il quale «*Qualora a disciplinare il contratto in questione sia la convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci, è opportuno che la scelta del diritto comune europeo della vendita comporti l’accordo delle parti ad escludere tale convenzione*».

¹² Alla Convenzione di Vienna non hanno prestato adesione, oltre il Regno Unito, anche Malta, Portogallo e Irlanda.

¹³ V. p. 5 s. della Relazione alla proposta.

limitato ambito di applicazione: essa, invero, trovava applicazione solo alle transazioni tra professionisti, mentre non riguardava i contratti stipulati tra professionista e consumatore.

La struttura del Regolamento era caratterizzata da talune disposizioni di apertura che dettavano delle norme di carattere generale e due allegati. Mentre l'Allegato II riproduceva una nota informativa standard, l'Allegato I dettava le norme concernenti il diritto comune dei contratti. Segnatamente, la Parte IV del suddetto allegato, dettava la disciplina attinente a "Obbligazioni e rimedi delle parti del contratto di vendita o del contratto per la fornitura di contenuto digitale". La disciplina della conformità del bene al contratto era disciplinata al capo 10, sez. 3, rubricato "Conformità dei beni e del contenuto digitale".

Il motivo dell'abbandono della Proposta di Regolamento da parte dell'Unione europea risiede, ad avviso della dottrina, non solo nella sussistenza della Convenzione di Vienna, che già regolava i rapporti tra imprese di diversi Stati membri, ma, anche, nella facoltatività di tale normativa¹⁴, la quale attribuiva al soggetto dotato di maggior potere contrattuale, ovvero la grande impresa, la decisione circa la sua applicabilità, ovvero, e più probabilmente, l'applicabilità di altra legge, ai sensi del Regolamento Roma I, che sarebbe rimasto impregiudicato¹⁵.

¹⁴ Critica nei confronti della proposta di Regolamento della Commissione, N. KORNET, *The common european sales law and the CISG – complicating o simplifying the legal enviroment?*, Maastricht 2012, reperibile sul sito <http://www.ssrn.com>, la quale ritiene che aggiungere alla disciplina già dettata dalla Convenzione di Vienna una diversa disciplina applicabile in via facoltativa appesantisca il sistema giuridico, al posto che semplificarlo.

Ritiene che l'adozione del CESL non sia poi così "urgente" a fronte della vigenza della Convenzione di Vienna O. LANDO, *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, in *European Review of Private Law* 2011, p. 719, 722.

Guarda invece favorevolmente l'introduzione del CESL, seppur con la necessità di apportare talune migliorie, M. HESSELINK, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, in *European Review of Private Law* 2012, p. 195 ss. e, in particolare, p. 211.

¹⁵ V. p. 6 della Relazione alla proposta.

1.1. *La scelta di elidere qualsiasi riferimento al principio che fa dipendere dagli stati soggettivi del compratore la responsabilità del venditore e l'attribuzione della facoltà alle parti contrattuali di addivenire ad un patto derogativo dei requisiti presuntivi di conformità al contratto*

Il CESL, come già anticipato, rappresenta il primo tentativo, in sede europea, di superamento di quel principio romanistico che faceva dipendere dalla conoscenza o conoscibilità del difetto l'esclusione della responsabilità del venditore e con esso anche delle criticità suscitate nel corso del tempo, nella vigenza della direttiva 1999/44/CE.

Nel testo normativo del Regolamento, invero, non si rinveniva una norma che, applicabile al contratto di vendita stipulato tra professionista e consumatore, potesse anche solo ricordare la disposizione di cui all'art. 2, par. 3, della direttiva suddetta.

Di converso, l'art. 99 dell'Allegato I alla proposta di Regolamento, dopo aver elencato al paragrafo 1 i requisiti soggettivi di conformità¹⁶ ed aver richiamato al paragrafo 2 le norme che dettano invece altri criteri di conformità¹⁷, al paragrafo 3 attribuiva alle parti la facoltà di addivenire ad un accordo in deroga ai soli criteri presuntivi di conformità, in presenza di determinati requisiti¹⁸. Secondo tale disposizione, invero, «*Nei contratti di vendita al consumatore, qualunque accordo in deroga a quanto previsto dagli articoli 100, 102 e 103, concluso a danno del consumatore, è valido solo se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era a conoscenza della specifica condizione dei beni o del contenuto digitale e li ha accettati come conformi al contratto medesimo*».

Dunque, nella vendita *B-to-C*, ove il consumatore fosse a conoscenza del difetto di conformità o questo fosse riconoscibile, non sarebbe stata esclusa la facoltà di esercitare i rimedi previsti dall'Allegato I del CESL, salvo eventuale accordo derogativo, di cui all'art. 99, par. 3, dei soli requisiti presuntivi di conformità¹⁹.

Che "l'accordo in deroga" si riferisse ai soli requisiti presuntivi di conformità si ricava dal richiamo della disposizione all'art. 100. Questa norma invero elencava quelli

¹⁶ Secondo il paragrafo 1 dell'art. 99, «*Per essere conformi al contratto, i beni o il contenuto digitale devono: (a) corrispondere alla quantità, qualità e descrizione contrattuale; (b) essere confezionati o imballati nel modo richiesto dal contratto; e (c) essere forniti insieme a tutti gli accessori, alle istruzioni di installazione o alle altre istruzioni prescritte dal contratto*».

¹⁷ Secondo il paragrafo 2 dell'art. 99, «*Per essere conformi al contratto, i beni o il contenuto digitale devono inoltre soddisfare alle condizioni previste agli articoli 100, 101 e 102, salvo che e nella misura in cui le parti non abbiano convenuto altrimenti*».

¹⁸ Scelta quest'ultima che adotterà altresì il legislatore europeo otto anni più tardi dalla promulgazione della proposta di Regolamento della Commissione, attraverso la direttiva (UE) 2019/771.

¹⁹ V., in tal senso, F. ZOLL, sub art. 104, in *Common European sales law*, a cura di R. SCHULZE, Nomos Verlag, 2012, p. 486 s.

che, secondo il paragrafo 2 dell'art. 2, della direttiva 1999/44/CE, venivano definiti come criteri presuntivi di conformità: si tratta di quei requisiti che, seppur non espressamente previsti dal contratto, si presume debbano sussistere affinché non si configuri un difetto di conformità²⁰.

Pertanto, laddove il professionista fosse inadempiente con riguardo ai requisiti soggettivi di conformità, l'eventuale accordo volto a determinare il relativo scostamento non avrebbe dovuto considerarsi produttivo di effetti.

D'altro canto, il patto derogativo dei requisiti presuntivi, al fine di evitare che il professionista venisse chiamato a rispondere dei difetti di conformità, doveva essere correlato da una serie di accortezze: il consumatore, stando alla disposizione in esame, avrebbe dovuto aver conoscenza specifica del difetto di conformità presente nel bene e averlo accettato come conforme al contratto.

Dunque, a differenza di quanto previsto dall'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE, secondo la disciplina dettata dal CESL, non sarebbe stata sufficiente la mera conoscenza o conoscibilità del difetto di conformità per escludere la responsabilità del venditore, ma avrebbe dovuto intervenire un accordo tra il professionista e il consumatore, il quale potesse vantare una conoscenza specifica del difetto ed esprimere la volontà di acquistarlo come conforme al contratto.

Tale scelta legislativa era certamente idonea a risolvere molte delle criticità ermeneutiche ed applicative suscitate dall'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE.

²⁰ Ai sensi dell'art. 100, invero, «I beni o il contenuto digitale devono:

a) essere idonei a qualsiasi specifico uso reso noto al venditore al momento della conclusione del contratto, salvo quando le circostanze dimostrano che il compratore non ha fatto o non poteva ragionevolmente fare affidamento sulle competenze e sul giudizio del venditore;

b) essere idonei agli scopi per i quali si impiegano di norma beni o contenuto digitale aventi le stesse caratteristiche;

c) possedere le qualità dei beni o del contenuto digitale che il venditore ha indicato al compratore mediante un campione o modello;

d) essere confezionati o imballati secondo le modalità solitamente utilizzate per tali beni o, dove non esistano modalità usuali, in modo adeguato a conservare e proteggere i beni;

e) essere dotati di quegli accessori, istruzioni per l'installazione o altre istruzioni, che il compratore può ragionevolmente pretendere;

f) avere le qualità e le prestazioni indicate in qualunque dichiarazione precontrattuale che rientri nelle clausole del contratto in forza dell'articolo 69; e

g) possedere le qualità e le prestazioni che il compratore può ragionevolmente pretendere. Nel determinare ciò che il consumatore può ragionevolmente pretendere in riferimento al contenuto digitale, si deve considerare se il contenuto digitale sia stato o meno fornito contro il pagamento di un prezzo».

L'art. 102 prescrive che il bene oggetto della vendita debba essere libero da diritti e pretese di terzi.

L'art. 103, invece, ha contenuto negativo, in quanto si limita a precisare come un contenuto digitale non possa essere ritenuto difforme per il solo fatto che, dopo la conclusione del contratto, sia posto in commercio un contenuto digitale più aggiornato.

In primo luogo, l'elisione del riferimento alla "ragionevole ignoranza", in favore della meno generica "specificata conoscenza", avrebbe sopito il dibattito sorto in ordine all'interpretazione da attribuire alla prima espressione.

In secondo luogo, sarebbero venute meno le difficoltà di coordinamento tra l'esimente dettata all'art. 2, par. 3, e la natura della responsabilità del professionista per difetto di conformità: non sarebbe stata la mera conoscenza o conoscibilità a liberare il professionista della sua obbligazione di consegnare beni conformi al contratto, bensì l'incontro delle volontà negoziali delle parti, attraverso un vero e proprio accordo derogativo.

In terzo luogo, l'art. 99, par. 3, dell'Allegato I, per come formulato, avrebbe contribuito a tutelare il principio del legittimo affidamento del consumatore in ordine alle qualità del bene promesse dal venditore²¹. Da tale disposizione, invero, emerge come il professionista possa consegnare beni non conformi al contratto solo a fronte di una conoscenza specifica del difetto da parte del consumatore, il quale è dunque chiamato ad esprimere la propria volontà negoziale. A maggior ragione, ove il venditore avesse rilasciato una dichiarazione circa la presenza di determinate caratteristiche del bene, non avrebbe potuto certamente rilevare la mera conoscenza o conoscibilità del difetto da parte del consumatore.

In quarto luogo, l'applicazione dell'art. 99, par. 3, non sarebbe stata differenziata, come quella dell'art. 2, par. 3, della direttiva del 1999, in base alle modalità di conclusione del contratto di vendita. L'accordo di deroga avrebbe ben potuto essere inserito nel programma contrattuale di tutti i contratti di vendita, fossero essi stati stipulati in presenza o a distanza, sempreché il consumatore avesse accettato il difetto di conformità al momento della conclusione del contratto.

Infine, per quanto attiene alla tutela apportata al consumatore, la disposizione del CESL si poneva come norma più favorevole al consumatore rispetto a quella di cui all'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE: secondo quest'ultima disposizione, invero, il professionista va esente da responsabilità, sia per quanto attiene ai difetti derivati dal mancato rispetto dei requisiti soggettivi di conformità, sia per quanto attiene ai difetti derivati dai requisiti presuntivi di conformità, a causa della sola conoscenza o conoscibilità del difetto da parte del consumatore. Ai sensi dell'art. 99, par. 3, invece, il patto derogativo avrebbe riguardato unicamente i difetti derivanti dal mancato rispetto dei requisiti

²¹ V., a tal proposito, F. ZOLL, sub *art. 99*, in *Common European sales law*, cit., p. 470, che evidenzia come in realtà lo spirito di fondo del CELS sia proprio quello di garantire tutela al legittimo affidamento del consumatore, a prescindere da quanto possa lasciar intendere l'altra parte.

presuntivi di conformità, rispetto ai quali peraltro il consumatore avrebbe dovuto possedere una conoscenza specifica ed esprimere la volontà di accettarli.

Che l'effettiva volontà del consumatore assumesse un ruolo rilevante ai fini dell'applicabilità della disciplina in tema di conformità del bene al contratto sembrerebbe emergere dalla stessa formulazione della disposizione di cui all'art. 99, par. 3, che richiedeva una "accettazione", da parte del consumatore, del bene conforme al contratto, quasi che questi fosse chiamato ad approvare una clausola vessatoria.

In quest'ottica, vi sarebbe stato certamente lo spazio per l'insorgenza della tradizionale questione²² in ordine alla qualificazione del patto in clausola determinativa dell'oggetto o limitativa della responsabilità del professionista²³.

La qualificazione dell'accordo derogatorio come clausola vessatoria avrebbe certo avuto ricadute rilevanti: esso sarebbe rientrato nell'elenco delle clausole vessatorie previsto all'art. 36, comma 2, cod. cons., le quali non ammettono prova contraria al carattere abusivo²⁴. In particolare, l'accordo derogativo dei requisiti oggettivi di conformità sarebbe

²² La qualificazione di una certa clausola come determinativa dell'oggetto o limitativa della responsabilità è un problema che rimane sempre attuale, come aveva già sottolineato L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Tratt. Rescigno*, IX, t. 1, Torino, Utet, 1999, p. 306.

²³ Da sempre, la dottrina evidenzia come il confine tra la qualificazione di una clausola come clausola limitativa della responsabilità o determinativa dell'oggetto sia molto labile. Sul punto, v. ASTONE, sub *art. 1469-quinquies*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. BARENGHI, Napoli, Jovene, 1996, p. 202, il quale segnala come «uno dei mezzi utilizzati dagli imprenditori per limitare la loro responsabilità consiste nel delimitare l'oggetto del contratto, in modo da escludere prestazioni o obblighi di diligenza tipici del contratto che si apprestano a stipulare». V. altresì M. CASOLA, sub *art. 1469-ter*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, cit., p. 127 s., il quale evidenzia che «in una pluralità di fattispecie concrete la delimitazione contrattuale dell'oggetto si risolve in una forma indiretta di esonero da responsabilità»: questo avviene ad esempio nel settore assicurativo, ove «la pattuizione contrattuale che precisi l'oggetto del negozio attraverso la specificazione del rischio garantito si riduce ad una surrettizia esclusione o delimitazione di responsabilità allorché renda praticamente inoperante o difficilmente operante l'assunzione del rischio da parte della compagnia».

Così, una parte della dottrina ha chiarito come la clausola che si presenta nella sua formulazione come descrittiva dell'oggetto del contratto, ma rientri allo stesso tempo nell'elenco operato dall'art. 36, comma 2, cod. cons., debba considerarsi ugualmente priva di effetti, in quanto le clausole elencate all'art. 36, comma 2, cod. cons. non sono soggette alla restante disciplina dettata per le clausole vessatorie, tra cui anche l'art. 34, comma 2, cod. cons., che esclude la vessatorietà delle clausole determinative dell'oggetto del contratto (v., seppur con riguardo alla precedente disciplina di attuazione della direttiva sulle clausole abusive dettata dal codice civile, F. ASTONE, *op. cit.*, p. 203, 196 ss.).

Viceversa, altra parte della dottrina si è espressa nel senso della efficacia di quelle clausole che siano dirette a determinare la prestazione contrattuale anche nell'ipotesi in cui abbiano contenuto negativo, ovvero si limitino a precisare le prestazioni non dovute dalle parti, purché non produttive di effetti modificativi o integrativi di una norma (v. P. SIRENA, sub *art. 1469-ter*, 2° comma, c.c., in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 873 s.).

²⁴ Per vero, in dottrina si registra un dibattito in ordine al carattere assoluto o relativo della presunzione di vessatorietà che attiene alle clausole individuate dall'art. 36, comma 2, cod. cons. (v., in ordine a tale dibattito, M. FACCIOLI, sub *art. 36*, sez. II, in G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, Cedam, 2013, p. 402 ss.; per quanto attiene alla normativa di attuazione della direttiva in tema di clausole abusive precedente al codice del consumo, v. L. DELOGU, *Le modificazioni*

stato configurato come clausola di esclusione delle azioni del consumatore nei confronti del professionista, in caso di inadempimento, prevista alla lett. b) dell'art. 36, comma 2, cod. cons.²⁵. Invero, si sarebbe potuto sostenere che l'accordo di cui all'art. 99, comma 3, della proposta di Regolamento avesse l'effetto di privare il consumatore del diritto di agire in giudizio nei confronti del professionista, in caso di mancanza di requisiti presuntivi di conformità e dunque di inadempimento del venditore. Secondo tale qualificazione, pertanto, la normativa dettata dal CESL sarebbe stata destinata a scontrarsi con la disciplina in tema di clausole vessatorie, secondo la quale l'accordo di cui all'art. 99, par. 3, avrebbe dovuto considerarsi inefficace²⁶.

Viceversa, il patto derogativo non sarebbe stato soggetto al sindacato di vessatorietà, ai sensi dell'art. 34, comma 2, cod. cons., ove fosse stato qualificato come

convenzionali della responsabilità civile, Padova, Cedam, 2000, p. 300 ss.; F. PADOVINI, sub art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 2, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, cit., p. 1059 ss.).

V. altresì *infra*, nt. 176.

²⁵ Che la fattispecie delineata all'art. 36, comma 2, lett. b), c. cons. si concretizzi ove venga limitata l'operatività della garanzia per vizi nei contratti consumeristici, lo evidenziano, seppur con riguardo alla disciplina attuativa della direttiva in tema di clausole abusive antecedente al codice del consumo, F. ASTONE, *op. cit.*, p. 209; E. NAVARRETTA, sub art. 1469-quinquies, comma 2°, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove l. civ. comm.* 1997, p. 1243. Sul punto, cfr. altresì G. SCALFI, *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Resp. civ. e prev.* 1993, p. 448 s.

Con riguardo agli accordi di esclusione totale della garanzia per vizi, nell'ambito di un preliminare di vendita *b-to-c*, avente ad oggetto un immobile, v. Cass. civ., sez. II, 21 marzo 2014, n. 6784, la quale afferma che ad essi sia applicabile l'art. 36, comma 2, cod. cons., con la conseguenza che tali patti sono nulli, a prescindere dall'intervenuta trattativa individuale: critico rispetto alla citata pronuncia G. DE CRISTOFARO, *Autonomia privata e pattuizioni di esclusione totale della garanzia per vizi nei contratti di compravendita. Note a margine di due recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in *R. d. civ.* 2018, p. 243-245, secondo il quale tale soluzione opera una eccessiva limitazione all'autonomia privata, privando le parti della possibilità di concludere un accordo rispondente ai loro reali interessi.

²⁶ Il patto derogativo dei requisiti di conformità non avrebbe in ogni caso potuto qualificarsi come una clausola riproduttiva di una norma di legge e, come tale, essere escluso dal sindacato di vessatorietà, ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. cons. Invero, le disposizioni di legge, riprodotte dalle clausole, avrebbero dovuto consistere in «precetti direttamente attributivi dei diritti/obblighi, e non semplicemente delle facoltà di pattuire contrattualmente i diritti/obblighi, scritti nella clausola» (così V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive («vessatorie») nei contratti fra professionisti e consumatori: artt. 1469-bis e segg. c.c.*, in *Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 1996, p. 123; in senso analogo, v. G. NAPOLITANO, sub art. 1469-ter, comma 3°, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, cit., p. 1152 s.; cfr. altresì P. SIRENA, sub art. 1469-ter, 3° comma, c.c., in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, cit., p. 911, secondo il quale «Nel caso in cui una norma giuridica non prescriva direttamente diritti e obblighi contrattuali, ma stabilisca i presupposti e le conseguenze dell'eventuale apposizione di una clausola contrattuale, quest'ultima non può considerarsi dichiarativa ed è assoggettata quindi al giudizio di abusività»).

D'altra parte, la dottrina chiarisce che sono soggette al sindacato di vessatorietà «invece quelle clausole il cui inserimento nel contratto sia essenziale ai fini dell'operatività, pur se le stesse clausole siano autorizzate dalla legge, così come nel caso della clausola di limitazione di responsabilità (art. 1229)» (così A. SCARPELLO, *Le clausole vessatorie*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. ALPA, Milano 2014, p. 629).

determinativo dell'oggetto del contratto, ovvero volto a determinare le caratteristiche della prestazione dovuta dal professionista.

Oltre alla questione circa la natura del patto derogativo dei requisiti presuntivi di conformità, che pur porta con sé notevoli ricadute pratiche, la formulazione dell'art. 99, par. 3, se da un lato, come evidenziato pocanzi, avrebbe potuto attribuire al consumatore una maggior tutela, dipanando altresì molti dei dubbi interpretativi e applicativi suscitati dall'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE, dall'altro non avrebbe potuto dirsi scevra da altrettanti profili di criticità sul piano ermeneutico e applicativo: sarebbe infatti stato necessario chiarire quando potesse dirsi che il consumatore abbia accettato validamente l'accordo e in che forma avrebbe dovuto avvenire tale accettazione, soprattutto in quei settori in espansione, come quello della contrattazione *on-line*.

1.2. Il rilievo della conoscenza e conoscibilità del difetto da parte del compratore, ai sensi dell'art. 104, dell'Allegato I, nell'ambito dei soli contratti stipulati da professionisti

Se da un lato il CESL si proponeva di innovare la disciplina del difetto di conformità rispetto alla direttiva 1999/44/CE, escludendo l'applicabilità dell'esimente della responsabilità del professionista dipendente dagli stati soggettivi del consumatore, dall'altro lato non rinunciava ad attribuire rilievo alla conoscenza o conoscibilità del difetto da parte dell'acquirente, con riguardo, tuttavia, ai soli contratti stipulati tra professionisti. Ai sensi dell'art. 104 dell'Allegato I, invero, *«Nei contratti tra professionisti, il venditore non è responsabile di un difetto di conformità dei beni se, al momento della conclusione del contratto, il compratore ne era a conoscenza o non poteva ignorarlo»*.

Rispetto a tale disposizione non era per certo ravvisabile quel profilo di frizione rispetto alla *ratio* della disciplina, suscitato invece dall'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE, in quanto norma di sfavore per il consumatore. L'art. 104, invero, trovando applicazione ai soli contratti stipulati tra professionisti, non si presentava come disposizione volta a limitare la tutela apportata al consumatore dalla disciplina, ma solo come norma di sfavore per l'acquirente-professionista, che, rispetto al venditore, non poteva certo considerarsi come "parte debole" del rapporto contrattuale.

D'altro canto, la disposizione di cui all'art. 104 avrebbe ripresentato tutte le altre criticità di tipo ermeneutico e applicativo già analizzate in relazione all'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE.

Segnatamente, sotto il profilo delle difficoltà di tipo interpretativo, la formulazione di cui all'art. 104 sembrava avvicinarsi maggiormente alla formulazione dell'art. 35,

ultimo paragrafo, della Convenzione di Vienna, rispetto che all'art. 2, par. 3, della direttiva, non ancorando l'ignoranza alla ragionevolezza: si sarebbe ad ogni modo riproposto il dibattito in ordine al grado di diligenza a cui ancorare la conoscibilità del difetto.

La disposizione di cui all'art. 104, inoltre, individuando come momento rilevante per la valutazione degli stati soggettivi del compratore il momento del perfezionamento del contratto, avrebbe riproposto il quesito della sua applicabilità alle ipotesi in cui il bene fosse stato consegnato successivamente alla vendita.

D'altra parte, neppure la disposizione del CESL faceva riferimento alla dichiarazione del venditore circa l'assenza del vizio o la presenza di determinate qualità quale eccezione all'operare dell'esimente.

Infine, si sarebbe riproposta allo stesso modo la tematica del coordinamento tra l'esimente della responsabilità del venditore in caso di conoscenza o conoscibilità del difetto da parte dell'acquirente e la natura della responsabilità dell'alienante, derivante dall'inadempimento dell'obbligazione di consegna del bene conforme al contratto.

Tuttavia, è d'uopo segnalare, sotto questo profilo, come la qualificazione della natura della responsabilità del venditore, nel modello delineato dal CESL, come responsabilità contrattuale da inadempimento di una obbligazione potrebbe essere messa in discussione da talune disposizioni del Regolamento. Secondo l'art. 91, invero, *«Il venditore di beni o il fornitore di contenuto digitale (nella presente parte, "il venditore") deve: a) consegnare i beni o fornire il contenuto digitale; b) trasferire la proprietà dei beni, incluso il supporto materiale su cui è fornito il contenuto digitale; e c) garantire che i beni o il contenuto digitale sono conformi a quanto previsto dal contratto; d) garantire che il compratore ha il diritto di usare il contenuto digitale conformemente al contratto, e e) consegnare i documenti che rappresentano i beni o che vi si riferiscono o i documenti inerenti al contenuto digitale, secondo quanto prescritto dal contratto».*

La formulazione della disposizione riproduce la tecnica legislativa impiegata all'art. 1476 c.c., che elenca le obbligazioni che gravano in capo al venditore nel contratto di compravendita. La norma del CESL sembrerebbe distinguere l'obbligazione di consegnare il bene (lett. a) da quella di garantire la conformità del bene (lett. c.), senza individuare in via autonoma, tra le obbligazioni elencate, un obbligo di consegna del bene conforme al contratto. Dunque, tale formulazione normativa avrebbe potuto lasciare aperta la via ad una qualificazione della responsabilità del professionista come elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionale, con riguardo alla responsabilità del venditore per vizi, ai sensi degli artt. 1490 ss. c.c.

Vero è che, in ogni caso, il paragrafo 1 dell'art. 106, con riguardo ai rimedi esperibili dall'acquirente, affermando la loro azionabilità «in caso di inadempimento di un'obbligazione da parte del venditore», sembrerebbe deporre nel senso che la mancata conformità del bene corrisponda all'inadempimento di un'obbligazione. D'altra parte, la lettura che qualifica la natura della responsabilità del professionista come un inadempimento di una obbligazione contrattuale sarebbe confermata dagli stessi rimedi, di carattere soddisfacente, previsti dall'art. 106, a favore del compratore, il quale, a fronte di un difetto di conformità, può «*esigere l'adempimento dell'obbligazione, in particolare l'esecuzione in forma specifica, la riparazione o la sostituzione dei beni o del contenuto digitale, ai sensi della sezione 3 del presente capo*», oltretutto «*risolvere il contratto ai sensi della sezione 5 del presente capo ed esigere la restituzione del prezzo pagato, ai sensi del capo 17*», ovvero «*ridurre il prezzo ai sensi della sezione 6 del presente capo*».

In conclusione, appare evidente come il principio che fa dipendere da uno stato soggettivo del compratore, ovvero dalla conoscenza o conoscibilità del difetto, non sarebbe stato completamente superato nel piano europeo neppure ove fosse stato effettivamente adottato il Regolamento presentato dalla Commissione, e con esso neppure i relativi problemi interpretativi e applicativi, salvo limitare la sua applicazione ai soli rapporti tra professionisti e sancire invece che nei contratti tra professionista e consumatore si possa addivenire ad un accordo derogativo per quanto attiene ai difetti di conformità relativi ai soli requisiti presuntivi. Scelta quest'ultima che, come accennato, se da un lato avrebbe potuto sopire numerose delle criticità suscitate dall'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE, dall'altro, avrebbe contribuito a creare nuovi profili di criticità.

Sezione II

2. La Direttiva (UE) 2019/771, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni

Come già evidenziato nel corso del presente elaborato, una delle principali novità introdotte dalla Direttiva (UE) 2019/771, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni²⁷, è l'abrogazione della norma che faceva dipendere dallo stato soggettivo del consumatore, ovvero dalla conoscenza e conoscibilità del difetto, l'esclusione della responsabilità del professionista (art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE), e la contestuale adozione di una disposizione che conferisce alle parti contrattuali la facoltà di addivenire ad un accordo derogativo dei requisiti oggettivi di conformità, nel rispetto delle specifiche prescrizioni previste dalla norma stessa (art. 7, par. 5, della direttiva (UE) 2019/771), sull'onda di quanto già aveva proposto il CESL.

L'adozione della direttiva (UE) 2019/771, invero, è stata preceduta da diversi tentativi di riforma del settore dei contratti. Subito dopo il fallimento del progetto CESL, la Commissione adottava, nel 2015, due proposte di direttiva formulate dal Parlamento europeo e dal Consiglio²⁸, concernenti l'una «determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale»²⁹ e l'altra «determinati aspetti dei contratti di vendita *online* e di altri tipi di vendita a distanza di beni»³⁰.

Abbandonate anche tali proposte, nel 2017, veniva formulata dalla Commissione una nuova proposta “modificata”, con la quale venivano apportate talune modifiche alla proposta di direttiva del 2015, concernente i contratti di vendita *online* ed altri tipi di vendita a distanza³¹.

Tra le diverse modifiche apportate, la proposta di direttiva del 2017 ampliava il campo applicativo della proposta del 2015 anche ai contratti conclusi in presenza, ovvero «faccia a faccia»³², con l'obiettivo di abrogare la direttiva 1999/44/CE³³.

²⁷ G.U.U.E. L 136/28 del 22 maggio 2019, con rettifica G.U.U.E. L 305/68 del 26 novembre 2019.

²⁸ Per quanto attiene ad un'analisi attinente all'evoluzione della disciplina di matrice comunitaria del contratto di vendita, fino alle proposte di direttiva del 2015, v. C.A. GIUSTI, *Quali prospettive per la vendita in Europa*, in *Nuova g. civ. comm.* 2017, p. 1749 ss., secondo il quale «Tali proposte sono da considerarsi il naturale proseguo della proposta CESL» (p. 1752).

²⁹ COM/2015/0634 final - 2015/0287 (COD).

³⁰ COM/2015/0635 final - 2015/0288 (COD).

³¹ COM/2017/0637 final - 2015/0288 (COD).

³² Il fondamento dell'ampliamento del campo di applicazione della direttiva deve ravvisarsi, come emerge dalla Relazione di accompagnamento alla proposta, nell'esigenza di uniformare la disciplina delle vendite *online* e delle vendite *off-line*; esigenza peraltro espressa già dal Parlamento europeo, che aveva presentato un emendamento alla proposta di direttiva del 2015 in tal senso. La commissione “IMCO”, Commissione per il

La proposta del 2017 invero mirava al raggiungimento di una armonizzazione massima della disciplina relativa alla vendita dei beni di consumo³⁴. Secondo la Commissione, l'armonizzazione minima, già operata con la direttiva 1999/44/CE, non conduceva realmente ad una semplificazione del quadro giuridico in materia di vendite dei beni di consumo, la cui complessità continuava a rappresentare un limite al commercio transfrontaliero, imponendo costi maggiori per le imprese e conferendo sfiducia nell'acquisto ai consumatori³⁵. In quest'ottica, l'armonizzazione massima prevista dalla proposta di direttiva atteneva agli aspetti salienti della disciplina della vendita dei beni di consumo e, segnatamente, ai criteri di conformità del bene al contratto, alla gerarchia dei rimedi e alle modalità di esercizio degli stessi. Per vero, tali aspetti venivano già disciplinati dalla direttiva del 1999, che tuttavia lasciava la facoltà agli Stati membri di introdurre una disciplina più favorevole al consumatore³⁶, conducendo ad un'attuazione differenziata della normativa³⁷.

mercato interno e la protezione dei consumatori, aveva richiesto al Servizio di ricerca del Parlamento europeo di procedere ad una valutazione d'impatto *ex ante* con riguardo a tale emendamento, che, pubblicata il 14 luglio 2017, confermava la necessità di addivenire ad un *corpus* di norme uniformi per tutti i tipi di vendita. Sotto altro versante, anche la maggior parte degli Stati membri appoggiava tale scelta normativa, confermando che la Commissione avrebbe dovuto presentare una proposta, che, nell'ambito di applicazione della direttiva, includesse anche le vendite "faccia a faccia".

³³ V. il considerando n. 38 della proposta modificata, secondo il quale «È opportuno abrogare la direttiva 1999/44/CE».

³⁴ Secondo l'art. 3 della proposta modificata di direttiva: «*Gli Stati membri non mantengono o adottano disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso*».

³⁵ Tali considerazioni emergono dalla Relazione di accompagnamento alla proposta modificata di direttiva, nella quale viene evidenziato che: «L'obiettivo della proposta iniziale era quindi rimuovere le principali barriere legate al diritto contrattuale che ostacolano gli scambi transfrontalieri al fine di eliminare i problemi incontrati dalle imprese e dai consumatori a causa della complessità del quadro giuridico e i costi sopportati dalle imprese a causa delle differenze tra i diritti dei contratti. La presente proposta modificata, che si applica a tutti i tipi di vendita, mira a questo stesso obiettivo e vi contribuisce ancora di più, in quanto le incertezze e i costi derivanti dalle differenze tra i diritti nazionali dei contratti incidono anche sui professionisti che vendono, o intendono vendere, "faccia a faccia" oltre frontiera, il che a sua volta si traduce in un minor numero di vendite transfrontaliere e in una minor scelta e in prezzi meno competitivi per i consumatori».

³⁶ V. l'art. 8, par. 2, della direttiva 1999/44/CE, secondo il quale «*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*».

³⁷ Tale aspetto viene evidenziato al considerando n. 4 della proposta di direttiva modificata, il quale sancisce che «*elementi contrattuali essenziali, quali i criteri di conformità, i rimedi e le modalità per il loro esercizio in caso di non conformità del bene al contratto, sono attualmente oggetto dell'armonizzazione minima prevista dalla direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*». *Gli Stati membri hanno avuto facoltà di andare oltre le norme dell'Unione e introdurre norme che garantiscano un livello ancora più elevato di protezione dei consumatori. Procedendo in tal senso sono intervenuti, in misura diversa, su vari elementi. Di conseguenza, oggi esistono divergenze significative tra le disposizioni nazionali che recepiscono la direttiva 1999/44/CE riguardo agli elementi essenziali di un contratto di vendita, quali l'assenza o l'esistenza di una gerarchia di rimedi, il periodo di garanzia legale, il termine per l'inversione dell'onere della prova e la denuncia del difetto al venditore*».

A seguito di numerose modifiche apportate a tale proposta di direttiva, è stata adottata la direttiva (UE) 2019/771, del Parlamento europeo e del Consiglio, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 22 maggio 2019. Contestualmente, peraltro, veniva pubblicata anche la direttiva (UE) 2019/770, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali³⁸, frutto delle modifiche apportate alla relativa proposta di direttiva del 2015.

La direttiva (UE) 2019/771 è stata poi attuata nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 170 del 4 novembre 2021³⁹, il cui art. 1 ha integralmente sostituito i contenuti del Titolo III, della Parte IV del Codice del Consumo⁴⁰.

Invariato, rispetto alla proposta del 2017, è rimasto il campo di applicazione della nuova direttiva: essa si applica a tutti i contratti di vendita di beni di consumo, siano essi stipulati a distanza o “faccia a faccia”, ambendo anch'essa ad una armonizzazione massima del settore, volta a scongiurare il rischio di frammentazione delle legislazioni nazionali⁴¹, con la conseguente abrogazione della direttiva 1999/44/CE⁴².

La direttiva del 2019 interessa inoltre i settori già individuati dalla precedente proposta di direttiva: in primo luogo, detta i confini della conformità del bene al contratto, specificando – in modo più dettagliato – quali siano i requisiti oggettivi e soggettivi di conformità che deve presentare il bene⁴³; in secondo luogo, impone una rigida gerarchia di rimedi a favore del consumatore in ipotesi di difformità del bene al contratto, in linea di continuità con la proposta del 2017; in terzo ed ultimo luogo, individua specificamente le modalità di esercizio dei rimedi, con riguardo altresì alla distribuzione dell'onere della

³⁸ G.U.U.E. L 136/1 del 22 maggio 2019.

³⁹ G.U. n. 28 del 25 novembre 2021.

⁴⁰ Per una analisi completa della disciplina del codice del consumo, per come modificato a seguito del recepimento della direttiva (UE) 2019/771, v. A.A. V.V., *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, Giappichelli, 2022.

⁴¹ V. A. BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contratto e impr.* 2020, p. 806, secondo il quale gli obiettivi della direttiva (UE) 2019/771 corrispondono, nella sostanza, a quelli già evidenziati dalla proposta del CESL.

⁴² Secondo il considerando n. 10 della direttiva «è opportuno armonizzare pienamente le norme concernenti i requisiti di conformità, i rimedi a disposizione del consumatore per non conformità del bene al contratto e le principali modalità per il loro esercizio, e aumentare il livello di protezione dei consumatori rispetto alla direttiva 1999/44/CE. Norme pienamente armonizzate su taluni aspetti essenziali del diritto contrattuale dei consumatori dovrebbero rendere più facile per le imprese, soprattutto le PMI, offrire i loro prodotti in altri Stati membri. I consumatori beneficerebbero di un livello elevato di protezione e di miglioramenti in termini di benessere grazie alla piena armonizzazione delle norme essenziali».

⁴³ V. il considerando n. 25, il quale sancisce che «Al fine di garantire chiarezza su ciò che il consumatore può aspettarsi dal bene e ciò di cui il venditore è responsabile in caso di mancata consegna di quanto atteso, è essenziale armonizzare pienamente le norme per determinare la conformità dei beni. Qualsiasi riferimento alla conformità nella presente direttiva andrebbe ricollegato alla conformità dei beni con il contratto di vendita. Al fine di salvaguardare i legittimi interessi di entrambe le parti di un contratto di vendita, la conformità dovrebbe essere valutata sulla base di requisiti di conformità sia soggettivi che oggettivi».

prova e all'onere di denuncia del difetto di conformità, la cui introduzione, a differenza di quanto previsto dalla precedente proposta che escludeva a monte tale onere, viene lasciata alla discrezionalità degli Stati membri.

Nel dettaglio, l'art. 6 della nuova direttiva, rubricato "*Requisiti soggettivi di conformità*", elenca i requisiti c.d. soggettivi di conformità al contratto. Secondo la disposizione citata, per essere conforme al contratto di compravendita il bene deve corrispondere alla descrizione, alla tipologia, alla quantità e qualità, alla funzionalità, compatibilità, interoperabilità⁴⁴ stabilite dal contratto, ovvero deve possedere qualsiasi altra caratteristica prevista dal contratto (lett. a); deve essere idoneo ad ogni uso speciale richiesto dal consumatore (lett. b); deve essere dotato di accessori e istruzioni (lett. c), nonché degli aggiornamenti (lett. d), previsti dal contratto⁴⁵. Tale disposizione viene riprodotta pedissequamente al nuovo art. 129, comma 2, del codice del consumo, come modificato dalla normativa di attuazione.

Per quanto attiene ai requisiti c.d. "oggettivi" di conformità, questi vengono elencati all'art. 7, rubricato, per l'appunto, "*Requisiti oggettivi di conformità*"⁴⁶. Il bene, secondo tale ultima disposizione, deve essere idoneo agli scopi per i quali normalmente viene impiegato un bene dello stesso tipo (lett. a)⁴⁷; deve possedere le qualità e corrispondere al modello presentato dal venditore (lett. b)⁴⁸; deve essere consegnato dotato di accessori, imballaggi, istruzioni che il consumatore possa ragionevolmente⁴⁹ attendersi

⁴⁴ Il considerando n. 27 detta le definizioni di "funzionalità" e "interoperabilità" del bene: «*Il concetto di funzionalità dovrebbe essere inteso come riferirsi ai modi in cui il bene è capace di assolvere a tutte le sue funzionalità in considerazione del suo scopo*», mentre «*Il concetto di interoperabilità indica se e in quale misura il bene è in grado di funzionare con un hardware o un software diversi da quelli con cui sono abitualmente utilizzati i beni dello stesso tipo. Il corretto funzionamento potrebbe includere, ad esempio, la capacità del bene di scambiare informazioni con tale altro software o hardware e di utilizzare le informazioni scambiate*».

⁴⁵ I requisiti soggettivi di conformità, seppur non qualificati espressamente come tali, venivano elencati nella proposta di direttiva del 2017 all'art. 4, rubricato "*Conformità al contratto*". Essi ricalcavano, nella sostanza, quelli individuati dall'art. 6 della nuova direttiva: non veniva tuttavia fatto alcun riferimento agli aggiornamenti, nonché alla funzionalità, compatibilità e interoperabilità del bene.

⁴⁶ Il considerando n. 29, invero, sancisce che «*i beni dovrebbero rispettare non solo i requisiti soggettivi di conformità, ma dovrebbero rispettare anche i requisiti oggettivi di conformità previsti dalla presente direttiva*».

⁴⁷ Innovando rispetto alla proposta di direttiva del 2017, la disposizione precisa che l'idoneità del bene agli scopi cui è destinato normalmente un bene dello stesso tipo deve valutarsi avendo eventualmente riguardo al «*diritto dell'Unione e nazionale, delle norme tecniche o, in mancanza di tali norme tecniche, dei codici di condotta dell'industria applicabili allo specifico settore*».

⁴⁸ La distinzione tra requisiti oggettivi e soggettivi di conformità non era così netta nella proposta di direttiva del 2017: ad esempio, la corrispondenza tra il bene e il campione o modello mostrato al compratore veniva elencata tra i requisiti di conformità soggettivi, all'art. 4, lett. a), mentre tutti gli altri requisiti oggettivi di conformità venivano elencati all'art. 5, rubricato "*Requisiti di conformità del bene*".

⁴⁹ Il considerando n. 24 chiarisce come opera il giudizio in ordine alla "ragionevolezza": «*Al fine di conciliare l'esigenza della certezza giuridica con un'adeguata flessibilità delle norme giuridiche, qualsiasi*

(lett. c); deve essere della quantità e qualità e possedere tutte le altre caratteristiche, comprese la durabilità⁵⁰, funzionalità, compatibilità e sicurezza che caratterizzano i beni dello stesso tipo ovvero che il consumatore possa ragionevolmente attendersi, considerata la natura del bene e le dichiarazioni pubbliche effettuate dal venditore o altri soggetti della catena produttiva-distributiva (lett. d); se bene con elementi digitali, devono essere notificati e forniti al consumatore gli aggiornamenti di sicurezza, necessari per garantire la conformità del bene per il tempo che l'acquirente può ragionevolmente attendersi ovvero per il tempo indicato all'art. 10, par. 2 e 5 (art. 7, par. 3). Anche tali criteri di conformità vengono riprodotti, senza variazioni significative, agli artt. 129, comma 3, e 130, comma 2, del nuovo codice del consumo.

In tema di conformità del bene al contratto, dunque, gli aspetti di divergenza tra la disciplina dettata dalla direttiva (UE) 2019/771 e la disciplina dettata dalla direttiva 1999/44/CE sono riconducibili, da un lato, alla differenziazione dei requisiti oggettivi e soggettivi operata dalla nuova direttiva e, dall'altro, all'accrescimento dei requisiti di conformità del bene al contratto individuati dalla direttiva del 2019⁵¹. Invero, la direttiva del 1999 individua all'art. 2, rubricato "*Conformità al contratto*", tutti i requisiti di conformità al contratto, senza distinguere tra requisiti oggettivi e soggettivi, non facendo cenno né alla necessità che il bene sia fornito insieme alle istruzioni, né ai concetti di durabilità, funzionalità, compatibilità, interoperabilità, né, soprattutto, al dovere in capo al venditore di fornire gli aggiornamenti di beni con elementi digitali.

Quest'ultimo requisito, d'altro canto, rappresenta un elemento di novità anche sotto un diverso profilo. Segnatamente, l'introduzione dell'obbligo di fornire gli aggiornamenti del bene a contenuto digitale per un certo tempo, doverosa alla luce del contesto socio-economico in cui ha avuto origine la nuova direttiva, introduce un criterio di conformità

riferimento nella presente direttiva a ciò che ci si può aspettare da una persona o a ciò che una persona può aspettarsi dovrebbe intendersi fatto a quanto ci si può ragionevolmente aspettare. La ragionevolezza dovrebbe essere accertata obiettivamente, tenendo conto della natura e dello scopo del contratto, delle circostanze della fattispecie, degli usi e delle pratiche vigenti presso le parti interessate».

⁵⁰ La nozione di "durabilità" si rinviene al considerando n. 32, che la identifica come «*capacità dei beni di mantenere le loro funzioni e prestazioni richieste in condizioni di uso normale*». Da tale considerando emerge altresì la ragione per cui tale criterio è stato qualificato come criterio di conformità del bene al contratto, ovvero l'esigenza di assicurare «*modelli di consumo più sostenibili e un'economia circolare*».

Al concetto di "durabilità", d'altro canto, aveva fatto riferimento anche la proposta di direttiva del 2017, al considerando n. 23, anche se non era stato individuato quale requisito di conformità del bene al contratto.

⁵¹ Sulla nozione di conformità del bene al contratto introdotta dalla direttiva (UE) 2019/771, v. S. ROMANÒ, *Profili comuni dei rimedi consumeristici nelle Direttive 2019/771/UE e 2019/770/UE*, in *La vendita di beni mobili*, a cura di T. DALLA MASSARA, Pisa, Pacini Giuridica, 2020, p. 246 ss.

che non si esaurisce al momento della consegna del bene, ma è destinato a protrarsi nel tempo⁵².

Si deve invero premettere che, ai sensi dell'art. 10, par. 1, della direttiva (UE) 771/2019, attuato dall'art. 133, comma 1, del codice del consumo, «*Il venditore è responsabile nei confronti del consumatore di qualsiasi difetto di conformità sussistente al momento della consegna del bene e che si manifesta entro 2 anni da tale momento*». Come per la direttiva del 1999, dunque, il momento in cui devono sussistere tutti i requisiti di conformità, al fine di escludere la responsabilità del professionista, è quello della consegna del bene al contratto⁵³.

Tuttavia, nel caso di vendita di beni con elementi digitali, questi si considerano conformi al contratto ove la fornitura degli aggiornamenti garantisca che il bene espleti la sua funzione non solo al momento della consegna, ma anche successivamente, ai sensi dell'art. 7, par. 3, della direttiva, attuato dall'art. 130, comma 2, del codice del consumo. Invero, il venditore è responsabile del difetto di conformità, concernente la mancata fornitura degli aggiornamenti, non solo se questi non vengano forniti al momento della consegna, ma anche in un momento successivo, entro il periodo di tempo che il consumatore può ragionevolmente attendersi (lett. a)⁵⁴.

⁵² In quest'ottica, la dottrina ha definito la conformità elaborata dalla direttiva del 1999, ovvero la «conformità di prima generazione», come «istantanea», mentre la conformità «di seconda generazione», ovvero quella elaborata dalla direttiva del 2019, come «di durata» (così F. ADDIS, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo dir. civ.* 2020, p. 19).

⁵³ Cfr. il considerando n. 37, il quale sancisce che «*Il momento rilevante per la valutazione della conformità dei beni dovrebbe essere quello della loro consegna*».

Il nuovo art. 133, comma 1, cod. cons., d'altro canto, precisa, in conformità al considerando n. 38, della direttiva, secondo il quale «*La presente direttiva non dovrebbe disciplinare il significato di "consegna", che dovrebbe essere definito dal diritto nazionale [...]*», che la consegna del bene deve essere eseguita a norma dell'art. 61 del codice del consumo.

D'altro canto, la proposta di direttiva del 2017, al considerando n. 24, stabiliva che «*Al fine di garantire la coerenza tra la presente direttiva e la direttiva 2011/83/UE è opportuno che il momento del passaggio del rischio coincida con il momento della valutazione della conformità del bene*». In tale ottica, all'art. 8, la proposta prevedeva che «*Il venditore risponde di qualsiasi difetto di conformità al contratto sussistente al momento in cui: (a) il consumatore o un terzo da lui designato e diverso dal vettore acquisisce il possesso fisico del bene, oppure (b) il bene è consegnato al vettore scelto dal consumatore, qualora tale vettore non sia stato proposto dal venditore o il venditore non proponga alcun mezzo di trasporto*», riproducendo, in sostanza, il contenuto dell'art. 20 della direttiva 2011/83/UE, relativo al passaggio del rischio, attuato dall'art. 63 del codice del consumo. Tuttavia, nella relazione del Nucleo di valutazione degli atti UE, relativo alla proposta di direttiva del 2017, veniva riscontrato «il rischio di sovrapposizione o di confusione interpretativa fra le norme di cui alla presente proposta e quelle contenute nella suddetta direttiva: ci si riferisce in particolare alle definizioni (art. 2) ed alle modalità di esecuzione della consegna dei beni ed ai rimedi per la mancata consegna (l'art. 18 della direttiva 2011/83/UE appare particolarmente esposto al rischio sopra indicato)» (p. 11).

⁵⁴ Secondo il considerando n. 31 «*In linea di principio, nel caso di beni con elementi digitali in cui il contenuto digitale o servizio digitale incorporato o interconnesso con i beni è oggetto di una singola*

Peraltro, il paragrafo 2 della norma di cui all'art. 10, riprodotto pedissequamente dall'art. 133, comma 2, cod. cons., sancisce che ove il contratto di vendita preveda la fornitura del contenuto o del servizio digitale in via continuativa, il venditore è altresì responsabile per i difetti di conformità legati al contenuto o al servizio digitale che si manifestano, nei successivi due anni dalla consegna del bene⁵⁵. Se invece la fornitura è prevista per più di due anni, la responsabilità del professionista si prolunga per tutto il tempo della fornitura. Dunque, in quest'ottica, la fornitura continuativa di beni e servizi digitali comporta un ampliamento della responsabilità del professionista, che può sussistere anche per un periodo molto lungo, a seconda della durata del contratto di fornitura.

Per altro verso, anche il criterio di conformità della "durabilità", individuato all'art. 7, par. 1, lett. d), attuato all'art. 129, comma 3, lett. d), cod. cons., rende labili i confini temporali della responsabilità del venditore: nessuna *questio* ove il bene debba "durare", nel confronto con beni del medesimo tipo, al massimo per due anni dal momento della consegna, periodo questo stabilito dalla direttiva come periodo entro il quale i difetti si debbono manifestare al fine di far valere la garanzia; l'estensione della responsabilità del professionista, rispetto alla disciplina precedente, si manifesta invece ove il bene abbia normalmente una durabilità superiore a due anni.

fornitura, il venditore dovrebbe essere responsabile solo di un difetto di conformità esistente al momento della consegna. Tuttavia, l'obbligo di fornire aggiornamenti dovrebbe tener conto del fatto che l'ambiente digitale di un bene di questo tipo è in costante evoluzione. Pertanto, gli aggiornamenti sono uno strumento necessario per garantire che i beni siano in grado di funzionare come al momento della consegna. Inoltre, a differenza dei beni tradizionali, i beni con elementi digitali non sono completamente separati dalla sfera del venditore, in quanto il venditore, o un terzo che fornisce il contenuto o il servizio digitale ai sensi del contratto di vendita, può aggiornare tali beni a distanza, solitamente tramite Internet. Pertanto, se il contenuto digitale o servizio digitale è oggetto di una singola fornitura, il venditore dovrebbe essere tenuto a fornire gli aggiornamenti necessari per mantenere la conformità dei beni con elementi digitali per un periodo di tempo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, anche se i beni erano conformi al momento della consegna. [...] Un consumatore dovrebbe normalmente aspettarsi di ricevere gli aggiornamenti per un periodo almeno pari a quello di responsabilità per il difetto di conformità del venditore, mentre in taluni casi la ragionevole aspettativa del consumatore potrebbe estendersi oltre detto periodo, in particolare come nel caso degli aggiornamenti di sicurezza».

Il considerando n. 30, tuttavia, chiarisce che «l'obbligo del venditore dovrebbe essere limitato agli aggiornamenti necessari a mantenere la conformità dei beni con i requisiti oggettivi e soggettivi definiti nella presente direttiva».

⁵⁵ Sul punto, v. il considerando n. 37, secondo il quale «qualora il contenuto digitale o il servizio digitale incorporato o interconnesso con i beni debba essere fornito in modo continuativo per un certo periodo di tempo, il momento rilevante ai fini della determinazione della conformità di tale elemento di contenuto digitale o di servizio digitale non dovrebbe essere un momento preciso nel tempo, bensì un periodo di tempo decorrente dal momento della consegna. Per motivi di certezza giuridica, tale periodo di tempo dovrebbe corrispondere al periodo durante il quale il venditore è responsabile di un difetto di conformità».

Per quanto attiene alla gerarchia dei rimedi⁵⁶, la direttiva (UE) 2019/771 impone uno schema rigido, che pone al vertice della gerarchia i rimedi della riparazione e della sostituzione del bene, tra i quali, ai sensi dell'art. 13, par. 2, riprodotto all'art. 135-bis, comma 1, cod. cons., «*il consumatore può scegliere [...], purché il rimedio prescelto non sia impossibile o, rispetto al rimedio alternativo, non imponga al venditore costi sproporzionati, tenuto conto di tutte le circostanze*».

D'altro canto, il legislatore europeo sembra esprimere una preferenza per il rimedio della riparazione, in quanto idoneo ad «*incoraggiare un consumo sostenibile e contribuire ad una maggiore durabilità dei prodotti*», come sancito dal considerando n. 48 della direttiva⁵⁷. Peraltro, lo stesso considerando, nel fornire un esempio dell'ipotesi in cui un rimedio si configura come produttivo di un costo sproporzionato rispetto all'altro, descrive in tal senso il rimedio della sostituzione, statuendo che «*sarebbe sproporzionato chiedere la sostituzione di un bene lievemente graffiato qualora tale sostituzione comporti costi notevoli e il graffio possa essere facilmente riparato*».

La riduzione del prezzo e la risoluzione, invece, possono essere esperite solo ove i rimedi precedenti siano impossibili o sproporzionati nei costi, tenuto conto del valore del bene ove non viziato e dell'entità del difetto di conformità (art. 13, par. 3, riprodotto all'art. 135-bis, comma 3, cod. cons.), nonché nelle altre ipotesi individuate dal par. 4, dell'art. 13.

⁵⁶ In ordine al sistema rimediato introdotto dalla direttiva (UE) 2019/771, v. M. BEGHINI, *I rimedi della riparazione e della sostituzione nella Direttiva 2019/771/UE*, in *La vendita di beni mobili*, cit., p. 321 ss. e S. ROMANÒ, *La riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto nella Direttiva 2019/771/UE*, ivi, p. 355 ss.

⁵⁷ Parte della dottrina segnala come rimanga solo “declamatorio” il riferimento alla durabilità e alla sostenibilità, operato dal considerando n. 48, quali elementi che il venditore può addurre a sostegno del rifiuto di sostituire il bene, come chiesto dal consumatore, a favore invece della riparazione (in tal senso, v. A. BARENGHI, *op. cit.*, p. 812).

Sul punto v. altresì T. M.J. MÖLLERS, *The Weaknesses of the Sale of Goods Directive - Dealing with Legislative Deficits*, in *Juscivile* 2020, 5, p. 1186 s., secondo il quale la direttiva avrebbe dovuto dare effettività al considerando n. 48, attribuendo espressa priorità al rimedio della riparazione: tale risultato sarebbe in ogni caso perseguibile attraverso un'interpretazione restrittiva, di tipo teleologico, della direttiva, compatibile con gli obiettivi previsti dalla direttiva stessa, tra i quali l'obiettivo della sostenibilità, in aderenza a quanto più volte affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Si segnala, sull'argomento, la consultazione pubblica promossa dalla Commissione UE, con validità dall'11 gennaio 2022 al 5 aprile 2022, al fine di vagliare l'esigenza di una maggiore sostenibilità del consumo, favorendo il rimedio della riparazione del bene piuttosto che la sostituzione. Dai risultati di tale consultazione emerge l'esistenza di tale problematica: la maggioranza dei commenti ricevuti segnala invero l'esigenza di promuovere la pratica della riparazione del bene, anziché la sostituzione o l'acquisto di beni nuovi. In termini analoghi si esprime altresì il Parlamento europeo con la successiva risoluzione del 7 aprile 2022, nella quale esprime la necessità di intervenire a livello comunitario per valorizzare la sostenibilità del consumo.

Anche nella direttiva 1999/44/CE, il rimedio della riparazione si pone come alternativo rispetto a quello della sostituzione, salva sempre l'impossibilità o la sproporzionalità nel costo di uno dei due rimedi, ai sensi dell'art. 3, par. 3. Alternatività che appare peraltro confermata dal considerando n. 10 della direttiva del 1999, il quale, senza neppure esprimere una preferenza per uno dei due rimedi, si limita a sancire che il consumatore può esercitare il diritto di ottenere il ripristino della conformità del bene al contratto, mediante riparazione o sostituzione del bene «a scelta»; espressione quest'ultima ripresa anche dall'ormai abrogato art. 130, comma 3, cod. cons.⁵⁸.

In ogni caso, dalla disciplina dei rimedi prevista dalla direttiva del 2019, emerge come, complessivamente, la gerarchia dei rimedi azionabili dal consumatore a fronte di un difetto di conformità del bene al contratto appaia più rigida rispetto a quella prevista dalla direttiva 1999/44/CE⁵⁹.

Invero, quest'ultima, con una norma di chiusura della disciplina (art. 8), sancisce che il consumatore può avvalersi dei diritti riconosciuti dalla legge nazionale in tema di responsabilità contrattuale (o extracontrattuale) e che gli Stati membri possono adottare norme per garantire un livello più elevato di tutela del consumatore. In attuazione di tale norma, è stato adottato l'art. 135 cod. cons., il quale, come già evidenziato, ha condotto a diversi dubbi interpretativi concernenti i criteri di applicazione dei rimedi di diritto interno a fronte di un difetto di conformità, costituendosi a tale proposito due tesi opposte, ovvero

⁵⁸ In questo senso, v. A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 75, secondo i quali, sotto tale aspetto, la direttiva del 1999 si discosta dalla Convenzione di Vienna del 1980, che invece consente al compratore di attivare il rimedio della sostituzione solo se ricorre il presupposto di cui all'art. 46, comma 2, secondo il quale «*Se le merci non sono conformi al contratto, l'acquirente non può esigere dal venditore la consegna di altre merci in sostituzione a meno che il difetto di conformità costituisca un'inosservanza essenziale del contratto e che tale consegna sia richiesta al momento della denuncia del difetto di conformità, effettuata ai sensi dell'art. 39 o entro un termine ragionevole a decorrere da tale denuncia*».

Di diverso avviso G.B. FERRI, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni al consumo*, in *Contratto e impr. - Europa* 2001, 73, secondo il quale nella direttiva del 1999 è rinvenibile un «*ordine decrescente di rimedi, sostanzialmente tassativo*», che vede al suo apice il rimedio della riparazione.

Ritiene invece che la gerarchia dei rimedi individuata all'art. 3 della direttiva 1999/44/CE non sia, in generale, inderogabile 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 *Contratto e impr. - Europa* 2000, p. 407 s., il quale segnala come in sede di attuazione ben si sarebbe potuto optare per un sistema rimediale a libera scelta da parte del consumatore – il quale dunque avrebbe potuto scegliere anche in via primaria il rimedio della risoluzione – che si sarebbe presentato come più favorevole per quest'ultimo.

⁵⁹ Per vero, nella relazione del Nucleo di valutazione degli atti UE, presso il Ministero della Giustizia, del 13 dicembre 2017, era stato segnalato come la proposta di direttiva del 2017 imponesse una “gerarchia rigida” dei rimedi a favore del consumatore, a differenza di quella imposta dalla direttiva 1999/44/CE (p. 8).

la tesi dell'interpretazione ad effetti c.d. esogeni e la tesi dell'interpretazione ad effetti c.d. endogeni⁶⁰.

Viceversa, la direttiva del 2019, in quanto direttiva di armonizzazione massima, non ammette integrazione della disciplina da parte del diritto interno, sancendo, all'art. 4, che «*Salvo altrimenti disposto dalla presente direttiva, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso*». Tale formulazione normativa sembra escludere del tutto l'applicabilità dei rimedi di diritto interno al contratto di vendita di beni di consumo, anche laddove questi apportino una maggior tutela al consumatore⁶¹, salvi pur sempre i casi in cui ciò sia ammesso dalla direttiva stessa⁶². Tale aspetto sembra essere confermato anche dal nuovo art. 135-*septies* cod. cons., il quale sancisce, al comma 1, che il diritto interno è applicabile solo in tema di formazione, validità ed efficacia dei contratti, per quanto non previsto dalla normativa di matrice europea; mentre, al comma 2, chiarisce che «*Per gli aspetti*

⁶⁰ V. cap. II, nt. 78.

⁶¹ Sul punto cfr. F. ADDIS, *op. cit.*, p. 24-26, il quale osserva come la massima armonizzazione del diritto della vendita consumeristica, operata con la nuova direttiva, imponga di eliminare norme come l'art. 135, comma 1, cod. cons., che permettevano al consumatore di scegliere in via discrezionale se azionare i rimedi consumeristici o quelli dettati dal codice civile; T. DALLA MASSARA, *I rimedi a favore del consumatore tra codice civile e codice del consumo*, in *La vendita di beni mobili*, cit., p. 446, secondo il quale «la scelta nei confronti dell'armonizzazione massima dovrà essere tenuta in considerazione nel ridefinire il raccordo a livello legislativo tra codice del consumo e codice civile»; ID., *L'imminente attuazione della Dir. UE 2019/771 e il problema del coordinamento con il codice civile: una proposta per il futuro art. 135 c. cons.*, in *Corr. giur.* 2021, p. 1282 ss., ove l'A. chiarisce come, in aderenza all'obiettivo di armonizzazione massima sancito all'art. 4 della direttiva, in sede di attuazione è necessario escludere, testualmente, la possibilità di ricorrere ai rimedi previsti dal codice civile in caso di vizi nel bene, come peraltro avvenuto in Spagna.

⁶² In tal senso, l'art. 3, par. 7, della direttiva sancisce che «*La presente direttiva non pregiudica la facoltà per gli Stati membri di consentire ai consumatori di scegliere un rimedio specifico se la non conformità dei beni si manifesta entro un periodo di tempo non superiore a 30 giorni dopo la consegna. Inoltre, la presente direttiva non incide nemmeno sulle norme nazionali non specifiche per i contratti stipulati con i consumatori che prevedono rimedi specifici per taluni tipi di difetti non apparenti all'atto della conclusione del contratto di vendita*».

Alla luce di tale disposizione, secondo parte della dottrina, la direttiva del 2019 consentirebbe agli Stati membri di conferire ai consumatori la facoltà di avvalersi delle tutele di cui agli artt. 1490 ss., nonché agli artt. 1667, 1668 e 2226 c.c., invece che attivare le tutele offerte dalla direttiva (in questo senso, v. F. AZZARRI, *Consegna e passaggio del rischio nelle vendite di beni mobili ai consumatori: considerazioni in vista dell'attuazione della direttiva (UE) 2019/771*, in *Resp. civ. e prev.* 2021, p. 1098; sul punto, cfr. altresì S. PAGLIANTINI, *A partire dalla dir. 2019/771 UE: riflessioni sul concetto di armonizzazione massima*, in *Nuovo dir. civ.* 2020, p. 21, secondo il quale il paragrafo 7 dell'art. 3, se interpretato alla lettera, diventa strumento che rende possibile la riviviscenza del diritto nazionale, alla stregua, sotto la vigenza della direttiva 1999/44/CE, dell'art. 135, comma 1, cod. cons.; A. BARENGHI, *op. cit.*, p. 810, il quale osserva come, secondo l'art. 7, par. 3, la direttiva ammetta il concorso dei rimedi previsti nel codice civile, laddove i difetti occulti si manifestino entro 30 giorni dalla consegna, in contrasto con il fine di armonizzazione massima, in conformità del quale si sarebbe dovuta invece escludere la possibilità di mantenere una norma come quella di cui all'art. 135 cod. cons. o quantomeno impedirne un'interpretazione che ammettesse il concorso tra la disciplina consumeristica e quella di diritto interno).

*disciplinati dal presente capo non si applicano altre disposizioni aventi l'effetto di garantire al consumatore un diverso livello di tutela» e, dunque, neppure se più favorevoli al consumatore*⁶³.

Tuttavia, parte della dottrina ha osservato come la direttiva (UE) 2019/771 introduca, a ben vedere, una gerarchia dei rimedi più elastica rispetto a quella prevista dalla direttiva 1999/44/CE, in quanto viene data al consumatore la possibilità, prima assente, di agire immediatamente in risoluzione o riduzione del prezzo, ove il difetto di conformità sia talmente grave da giustificare il ricorso a tali rimedi ovvero ove appaia evidente, in base alla dichiarazione del venditore o altre circostanze, che questi non procederà al ripristino del bene entro un termine ragionevole o senza notevoli inconvenienti per il consumatore, ai sensi dell'art. 13, par. 4, lett. c) e d), riprodotto all'art. 135-*bis*, comma 4, lett. c) e d)⁶⁴.

In ordine a tale considerazione, si deve ad ogni modo rilevare come la facoltà di azionare *in primis* i rimedi della risoluzione e della riduzione del prezzo non implichi la libera scelta del consumatore tra i rimedi consumeristici, in quanto essa sussiste solo in presenza di determinati requisiti: i requisiti previsti dalle lettere c) e d) sono peraltro destinati ad essere rimessi ad una valutazione in concreto da parte del giudice, stante la genericità delle espressioni impiegate, quali “difetto di conformità talmente grave”, “periodo ragionevole”, “notevoli inconvenienti”.

Per quanto attiene ai criteri di azionabilità dei rimedi consumeristici, il legislatore europeo opera una descrizione dettagliata delle modalità con cui i rimedi debbono essere esercitati.

L'art. 14 della direttiva, corrispondente all'art. 135-*ter* cod. cons., descrive le modalità di esercizio dei rimedi della riparazione e della sostituzione del bene, chiarendo che l'obbligo di riparare o sostituire il bene comprende altresì la rimozione del bene, ove necessario, e la conseguente installazione del bene riparato o sostituito, ovvero l'accollo delle relative spese (par. 3)⁶⁵.

⁶³ La norma di cui all'art. 135-*septies* quindi non fa proprio il timore paventato dalla dottrina riguardo ad una riviviscenza dell'art. 135 cod. cons. Infatti, come già emergeva dalla relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo attuativo della direttiva, trasmesso alla Presidenza del Senato il 3 agosto 2021, non viene data attuazione al par. 7 dell'art. 3 della direttiva: invero il comma 1 dell'art. 135-*septies* è attuativo dell'art. 3, par. 6, mentre il comma 2 è attuativo dell'art. 4 della direttiva.

⁶⁴ In questo senso, v. S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, cit., p. 230 s.

⁶⁵ Parte della dottrina (v. A. BARENGHI, *op. cit.*, p. 819 s.) osserva come l'art. 14, par. 3, della direttiva riproduca il principio già espresso dalla 1° sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, nel periodo di vigenza della direttiva 1999/44/CE, nel caso Weber, con sentenza del 16 giugno 2011. Secondo tale pronuncia, invero, «L'art. 3, nn. 2 e 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 25 maggio 1999, 1999/44/CE, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, deve essere interpretato nel senso che, quando un bene di consumo non conforme, che prima della comparsa del difetto sia stato installato

L'art. 15, attuato dall'art. 135-*quater*, comma 1, cod. cons., invece, dedicato al rimedio della riduzione del prezzo, precisa il calcolo da effettuare per ottenere il *quantum* del prezzo da ridurre, stabilendo che «*La riduzione del prezzo è proporzionale alla diminuzione di valore del bene ricevuto dal consumatore rispetto al valore del bene se questo fosse stato conforme*».

Per vero, sotto la vigenza della direttiva 1999/44/CE, la nozione di riduzione del prezzo, così come anche quella di risoluzione del contratto, dovevano ricavarsi dalla disciplina dettata dalla Convenzione di Vienna e dalle singole legislazioni nazionali⁶⁶.

L'art. 16, riprodotto all'art. 135-*quater*, commi da 2 a 4, cod. cons., infine, detta la disciplina della risoluzione del contratto di vendita, statuendo che il diritto alla risoluzione possa essere esercitato dal consumatore in via stragiudiziale, attraverso una dichiarazione rivolta al venditore con la quale si manifesti la volontà di risolvere il contratto, che avrà la conseguenza di obbligare le parti alle restituzioni (del bene e del prezzo)⁶⁷.

La modalità di esercizio del diritto di risoluzione, consistente in una dichiarazione da effettuare verso il venditore, non era contemplata dalla direttiva del 1999, anche se la dottrina si era espressa pressoché all'unanimità nel senso che i rimedi, sotto la vigenza della direttiva da ultimo citata, potessero essere esperiti in via stragiudiziale, alla luce del termine “richiesta”, impiegato dalla norma di attuazione, in relazione all'attivazione dei rimedi⁶⁸.

La direttiva (UE) 771/2019 disciplina altresì l'onere di denuncia del difetto di conformità in capo al consumatore e l'onere della prova del difetto.

Per quanto attiene al primo di tali aspetti, la direttiva del 2019 – come peraltro anche la direttiva 1999/44/CE, ai sensi dell'art. 5, par. 2 – lascia piena discrezionalità agli Stati membri con riguardo all'inserimento, nel testo attuativo, di una disposizione che preveda l'onere, in capo al consumatore, di notificare il difetto al venditore, purché ciò

in buona fede dal consumatore tenendo conto della sua natura e dell'uso previsto, sia reso conforme mediante sostituzione, il venditore è tenuto a procedere egli stesso alla rimozione di tale bene dal luogo in cui è stato installato e ad installarvi il bene sostitutivo, ovvero a sostenere le spese necessarie per tale rimozione e per l'installazione del bene sostitutivo. Tale obbligo del venditore sussiste a prescindere dal fatto che egli fosse tenuto o meno, in base al contratto di vendita, ad installare il bene di consumo inizialmente acquistato».

⁶⁶ V. in tal senso G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 198.

⁶⁷ Sul punto si veda il considerando n. 59, secondo il quale «*La presente direttiva dovrebbe fissare norme solo sui principali effetti della risoluzione del contratto da parte del consumatore per difetto di conformità e sulle modalità di esercizio del diritto alla risoluzione, in particolare l'obbligo delle parti di restituire quanto ricevuto [...]*».

⁶⁸ V. in tal senso A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 76 s.; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 428; cfr. altresì A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 361; in ordine al tema relativo alla natura giudiziale o extragiudiziale delle azioni di riparazione e sostituzione, cfr. altresì P.M. VECCHI, *La richiesta di riparazione o sostituzione dei beni di consumo*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, 3, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1009 ss.

avvenga entro un termine non inferiore a due mesi dalla scoperta del vizio, in base a quanto statuisce l'art. 12⁶⁹.

⁶⁹ Per vero, il considerando n. 46 della direttiva si limita a sancire che gli Stati membri dovrebbero essere lasciati liberi di mantenere o meno l'obbligo di informare il venditore circa i difetti del bene dalla data di riscontro del difetto, senza tuttavia precisare le ragioni alla base della disposizione che attribuisce agli Stati tale facoltà.

La ragione per cui il legislatore europeo del 2019 ha preferito lasciare agli Stati la scelta se introdurre o meno l'onere di notifica del difetto potrebbe forse ricavarsi dal considerando n. 42, che concerne i termini di prescrizione dei rimedi. Secondo tale considerando, invero, gli Stati membri dovrebbero avere la facoltà di stabilire un periodo di tempo entro il quale la manifestazione del difetto comporta la responsabilità del professionista, se del caso abbinando i rimedi ad un termine di prescrizione, ovvero attribuire esclusivamente un termine di prescrizione per l'esercizio dei rimedi, «*per ragioni di coerenza con i sistemi giuridici nazionali esistenti*». Tale espressione, dunque, induce a ritenere che il legislatore europeo abbia avuto riguardo alle legislazioni nazionali già esistenti e abbia voluto evitare di introdurre disposizioni che sovvertissero, in un tema importante come la prescrizione, scelte normative già operate dai legislatori nazionali, sotto la vigenza della direttiva 1999/44/CE.

La mancata presa di posizione con riguardo all'onere di denuncia potrebbe dunque essere letta nei medesimi termini: il legislatore europeo, vista la sussistenza in taluni ordinamenti nazionali di una disposizione che prevede un onere di denuncia del difetto, ha preferito lasciare agli Stati membri la decisione se mantenerla o meno.

Ed invero, diversi Stati membri, in attuazione della direttiva 1999/44/CE, la quale, all'art. 5, par. 2, prevedeva che «*Gli Stati membri possono prevedere che grava sul consumatore, per esercitare i suoi diritti, l'onere di denunciare al venditore il difetto di conformità entro il termine di due mesi dalla data in cui ha constatato siffatto difetto*», avevano optato per l'introduzione di un onere, in capo al consumatore, di notifica del difetto di conformità, a pena di decadenza dei rimedi consumeristici (v. A.A. V.V., *Le garanzie post-vendita sui beni in Europa*, cit., p. 99 ss.).

In Italia, ad esempio, l'art. 132, comma 2, cod. cons. prevedeva che il consumatore dovesse denunciare il difetto entro due mesi dalla scoperta del vizio, pena la decadenza dall'esercizio dei rimedi sanciti al comma 2 dell'art. 130 cod. cons. Seppur con alcune variazioni, un contenuto analogo presentava anche il § 16, comma 1, della legge sulla protezione dei consumatori finlandese (l. n. 38 del 1978), modificata dalla l. 2001 n. 1258, nonché la legge spagnola sulle garanzie nella vendita di beni di consumo (l. n. 23 del 2003), all'art. 9, comma 4; così come il § 81 della Legge sulla compravendita di beni mobili danese (come modificata dalla l. n. 213 del 22 aprile 2002), che si esprimeva in senso simile all'art. 7:23, comma 1, del codice civile dei Paesi Bassi.

Anche la legge “relativa alla garanzia di conformità” del 21 aprile 2004 adottata in Lussemburgo prevedeva all'art. 6 siffatto onere, da esercitarsi tuttavia nel termine di due anni dalla consegna del bene.

Il decreto legge n. 67 del 2003, adottato in Portogallo, all'art. 5, comma 3, sanciva che il termine per la denuncia del difetto fosse di due mesi dalla scoperta del vizio per i beni mobili, di un anno, per i beni immobili.

Nell'ordinamento austriaco, la denuncia del vizio doveva effettuarsi “tempestivamente”, pena la decadenza dall'eccezione di garanzia (§ 933, comma 3, ABGB).

L'ordinamento belga, pur non prevedendo direttamente un onere di notifica del difetto, ammetteva che esso potesse essere introdotto convenzionalmente dalle parti e che tuttavia esse dovessero prevedere un termine non inferiore a due mesi dalla scoperta del difetto per l'esercizio di siffatto onere (art. 1649-*quater*, § 2, c.c.).

D'altra parte, alcuni Stati membri, in sede di attuazione della direttiva 1999/44/CE, non avevano optato per imporre al consumatore alcun onere di denuncia: tale scelta normativa è stata operata, ad esempio, da Francia, Germania, Grecia, Irlanda, e Regno Unito.

Le ragioni alla base della scelta operata dalla direttiva 1999/44/CE di lasciare agli Stati membri la libertà in ordine all'imposizione dell'onere di denuncia del difetto sembrano doversi ricercare nelle pressioni esercitate da parte degli Stati membri, delle *lobbies* dei venditori e delle associazioni dei consumatori, a tutela dei propri interessi (v. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 232; cfr. altresì 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*, in *Europa dir. priv.* 1999, p.

Tale scelta legislativa si discosta da quanto previsto dalla proposta di direttiva del 2017, che non lasciava agli Stati la facoltà di introdurre una disposizione concernente l'onere di denuncia⁷⁰. Sotto quest'ultimo profilo, la scelta di elidere qualsiasi riferimento all'onere di denuncia appare più idonea alla creazione di un diritto uniforme in tema di vendita di beni di consumo, aderente all'obbiettivo di armonizzazione massima della direttiva stessa⁷¹, nonché idonea a tutelare maggiormente il consumatore⁷².

Il dettato dell'art. 12 della direttiva del 2019, invece, genera il rischio di frammentazione giuridica, nonché, per quegli ordinamenti che optino per l'inserimento

1288); scelta peraltro molto dibattuta, come emerge dalle diverse formulazioni dell'art. 5, par. 2, che si sono susseguite nel corso dei lavori preparatori (v., per un approfondimento in ordine ai lavori preparatori, G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 232, nt. 90; sul punto, v. altresì P.R. LODOLINI, *op. cit.*, p. 1288).

La dottrina, dal canto suo, si è adoperata per rilevare la *ratio* sottesa all'imposizione di siffatto onere, operata con la normativa di attuazione italiana. Così, si è osservato come la tutela degli interessi del venditore, operata dall'imposizione di tale onere, fungerebbe da bilanciamento alla tutela degli interessi del compratore, operata con la previsione di un lungo periodo di responsabilità del venditore, che risponde per ogni difetto, sussistente al momento della consegna, che si manifesta nei due anni successivi, così come anche con la previsione di un termine di prescrizione per l'esercizio dei rimedi consumeristici di due anni dalla consegna del bene (sul punto, v. P. AGOSTINELLI, sub art. 1519-sexies, *Commento al comma 2*, cit., p. 560; cfr. altresì G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 234, nt. 90). Inoltre, la comunicazione circa i vizi nel bene che il consumatore rivolge al venditore potrebbe stimolare un accordo transattivo tra le parti (cfr. P. AGOSTINELLI, *op. ult. cit.*, p. 561).

D'altro canto, alla previsione di un onere di denuncia del difetto soggiace il medesimo fondamento già individuato dalla dottrina con riguardo all'art. 1495, comma 1, c.c.: la previsione di un termine breve per effettuare la denuncia consente di verificare più agevolmente la responsabilità del venditore in ordine alla presenza del vizio (cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 352 s.; P. GRECO-G. COTTINO, *op. cit.*, p. 284; B. AGOSTINIS, *op. cit.*, p. 148; per quanto attiene alla normativa di attuazione, v. P. AGOSTINELLI, *op. ult. cit.*, p. 560); nonché garantisce la stabilità degli effetti della vendita (cfr. P. GRECO-G. COTTINO, *op. cit.*, p. 284; B. AGOSTINIS, *op. cit.*, p. 148 s.; cfr. altresì P. AGOSTINELLI, *op. ult. cit.*, p. 561).

⁷⁰ Il considerando n. 25 della proposta sanciva che «*La possibilità per gli Stati membri di mantenere l'obbligo di denuncia in capo al consumatore può far sì che quest'ultimo perda facilmente un fondato diritto a un rimedio in caso di tardiva od omessa denuncia, soprattutto nelle transazioni commerciali transfrontaliere in cui si applica la legislazione di un altro Stato membro e il consumatore non è a conoscenza dell'obbligo di denuncia previsto da tale paese. Pertanto non dovrebbe essere disposto l'obbligo di denuncia in capo al consumatore. Di conseguenza dovrebbe essere fatto divieto agli Stati membri di introdurre o mantenere l'obbligo per il consumatore di denunciare al venditore il difetto di conformità entro un determinato termine*».

L'esclusione di un onere di denuncia del difetto di conformità in capo al consumatore era stata valutata positivamente altresì dal Nucleo di valutazione della proposta di direttiva del 2017, nella cui relazione veniva chiarito che «*Questo è l'unico punto che potrebbe realisticamente ottenere dei benefici, noi abbiamo già arretrato la nostra posizione in sede di negoziato sui contenuti digitali, riconoscendo che il meccanismo genera frammentazione normativa di impatto negativo*» (p. 10).

⁷¹ Che la facoltà concessa agli Stati membri di introdurre un onere di denuncia del difetto frustasse l'obbiettivo di armonizzazione delle legislazioni nazionali era stato già ravvisato dalla dottrina, con riguardo alla direttiva 1999/44/CE (cfr. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 235; P.R. LODOLINI, *op. cit.*, p. 1289; R. FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, in *Contratto e impr. – Europa 2000*, p. 430).

⁷² La stessa direttiva (UE) 771/2019, al considerando n. 46, dopo aver precisato che gli Stati membri hanno, in ordine all'introduzione dell'onere di notifica del difetto, piena discrezionalità, sancisce altresì che dovrebbero poter garantire un livello di tutela più elevato per il consumatore non introducendo siffatto onere.

dell'onere di denuncia, comporta l'adozione di una norma di sfavore per il consumatore, la quale, d'altro canto, può essere foriera di criticità interpretative e applicative, come accaduto in Italia, con riguardo all'art. 132, comma 2, cod. cons., attuativo dell'art. 5, par. 2, della direttiva 1999/44/CE⁷³.

⁷³ Le difficoltà interpretative della disposizione sono emerse già con riguardo alla stessa nozione di "scoperta" del vizio, che è stata oggetto di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. La dottrina, accogliendo la nozione già elaborata con riguardo all'art. 1495 c.c. (cfr. P. GRECO-G. COTTINO, *op. cit.*, p. 285; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 302; B. AGOSTINIS, *op. cit.*, p. 149 s.), ha affermato che affinché il difetto potesse dirsi "scoperto" non fosse sufficiente che esso fosse rilevabile a seguito di un esame condotto con l'impiego di un certo grado di diligenza, o che il consumatore nutrisse un generico "sospetto", ma egli doveva acquisire una cognizione piena, completa e obbiettiva in ordine all'esistenza del vizio (cfr. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 236-238; P. AGOSTINELLI, *op. ult. cit.*, p. 562 s.; cfr. altresì F. BOCCHINI, sub *art. 132*, in *La vendita dei beni di consumo*, *Artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, a cura di C.M. BIANCA, cit., p. 308 s., il quale tuttavia precisa altresì che «il termine decorre dal giorno in cui il difetto si materializza al singolo consumatore, nel senso che, secondo un parametro di diligenza media, lo stesso è in grado di acquisire certezza dell'esistenza del difetto» p. 309).

Negli stessi termini, la giurisprudenza di legittimità, che si è espressa con riguardo alla nozione di scoperta di cui all'art. 1495 c.c., ha affermato che, per quanto attiene al vizio occulto, il termine per l'esercizio della denuncia del difetto decorre da quando il compratore abbia acquisito certezza, completa e obbiettiva, del vizio, non essendo sufficiente che egli sospetti dell'esistenza di un difetto (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 29 ottobre 2015, n. 22107; Cass. civ., sez. II, 27 maggio 2016, n. 11046; Cass. civ., sez. VI – 2, ord., 15 dicembre 2020, n. 28454).

Sotto differente profilo, si è rilevato in dottrina che far dipendere dalla scoperta del vizio il momento dal quale decorre il termine per effettuare la notifica avrebbe impedito, nei contratti dei consumatori, la distinzione tra difetti occulti e difetti apparenti (cfr. P. AGOSTINELLI, sub *art. 1519-sexies*, *Commento al comma 2*, cit., p. 563).

Invero, nell'ambito della vendita codicistica, nelle ipotesi in cui il bene non possa essere visionato al momento della conclusione del contratto, come nella vendita di cose da trasportare, è previsto un termine per la denuncia dei vizi apparenti, che decorre dal momento della consegna del bene, ai sensi dell'art. 1511 c.c. (cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 302; B. AGOSTINIS, *op. cit.*, p. 150-152; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 353). In applicazione di tale disposizione, parte della dottrina ha affermato che anche nelle vendite dei beni di consumo il compratore sarebbe stato tenuto a denunciare i difetti di conformità apparenti, nel termine di due mesi, ai sensi dell'art. 132, comma 2, cod. cons., a partire, non dal momento della scoperta, ma dal momento della consegna (v. F. BOCCHINI, *op. ult. cit.*, p. 309 s.).

Viceversa, altra parte della dottrina ha negato potesse attribuirsi una differente interpretazione alla lettera della direttiva, che faceva chiaro riferimento al momento della scoperta del vizio: ed anche il patto con il quale le parti avrebbero convenuto che il termine per la denuncia decorresse da un momento diverso sarebbe stato nullo, ai sensi dell'art. 1519-octies, comma 1, c.c., poi sostituito dall'art. 134, comma 1, cod. cons. (in tal senso, v. P. AGOSTINELLI, *op. ult. cit.*, p. 563 s.).

Sotto un profilo ancora differente, in dottrina si è aperto un dibattito in ordine all'applicazione dell'art. 132, comma 2, cod. cons. all'ipotesi di *aliud pro alio* (cfr. A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 120 s.). La questione non era certo di poco conto, considerato che nella compravendita disciplinata dal codice civile, in ipotesi di *aliud pro alio datum*, il compratore non sarebbe stato gravato dall'onere di denunciare il difetto, in quanto non avrebbero trovato applicazione le disposizioni di cui agli artt. 1490 ss., ma quelle in tema di inadempimento, ovvero gli artt. 1453 ss.; viceversa, se l'art. 132, comma 2, cod. cons. avesse trovato applicazione alle ipotesi di *aliud pro alio*, il consumatore sarebbe stato gravato dell'onere di denunciare il difetto, e dunque sarebbe stato soggetto ad una disciplina più sfavorevole rispetto a quella del codice civile (v. C.M. BIANCA, *Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva 1999/44/CE*, cit., p. 19).

Senonché, nel codice del consumo, per come modificato dal legislatore italiano, è stato espunto il riferimento all'onere della denuncia del difetto, scongiurando il rischio di riaprire dibattiti sorti sotto la precedente disciplina e garantendo altresì una maggior tutela al consumatore⁷⁴.

Per quanto attiene all'onere della prova, è d'uopo premettere che la direttiva 1999/44/CE, all'art. 5, par. 3, sanciva una presunzione di esistenza del difetto di conformità al momento della consegna del bene, ove il vizio si fosse manifestato entro sei mesi dalla consegna. Tale presunzione, regolata dal precedente art. 132, comma 3, del codice del consumo, comportava che ove il difetto di conformità si manifestasse entro sei mesi dalla consegna, il consumatore non fosse tenuto a provare l'esistenza del vizio al momento della consegna, ma spettasse al venditore fornire prova contraria. La disposizione dunque, in base ad un'interpretazione *a contrario*, sembrava porre a carico del consumatore l'onere della prova del difetto di conformità al momento della consegna nelle ipotesi in cui il difetto si manifestasse dopo i sei mesi dalla consegna ma entro due anni da tale momento (v. art. 5, par. 1)⁷⁵. D'altro canto, che la regola generale fosse quella in base alla quale spettasse al consumatore la prova dell'esistenza del difetto, al momento della consegna del bene, veniva sancito anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea⁷⁶.

Parte della dottrina ha evidenziato come tale interpretazione dell'art. 132, comma 3, cod. cons. fosse in realtà peggiorativa della posizione del consumatore rispetto alla

La dottrina è intervenuta sul punto adottando tesi tra loro divergenti. Da un lato, parte della dottrina ha sostenuto che, anche nell'ipotesi di consegna di un bene totalmente diverso da quello pattuito, fosse richiesto in capo al consumatore l'onere di denunciare il difetto di conformità poiché si trattava di fattispecie pur sempre ricompresa nella nozione di difetto di conformità: la denuncia del difetto, peraltro, garantiva certezza nelle vendite e non pregiudicava eccessivamente la posizione del consumatore che avrebbe avuto in ogni caso a disposizione ben due mesi dalla scoperta del difetto per effettuare la notifica al venditore, mentre nel codice civile il termine per denunciare il difetto era solo di otto giorni dalla scoperta (in questo senso, v. S. PATTI, *op. cit.*, p. 623 ss.). Secondo altra parte della dottrina, invece, ove al consumatore fosse consegnato un bene del tutto diverso da quello pattuito, egli non era tenuto a denunciare il difetto al professionista, in quanto tale formalità, il cui mancato ottemperamento avrebbe condotto addirittura alla perdita dei rimedi, non era sorretta dalla necessità di rendere edotto il professionista del difetto poiché egli ne era già, usualmente, a conoscenza e non avrebbe potuto comunque contestarlo, data l'evidenza del vizio. Secondo questa tesi, peraltro, è escluso che la mancata denuncia del difetto configurasse un atto di acquiescenza, tanto più in ipotesi di *aliud pro alio*: non informare il venditore del difetto del bene venduto avrebbe potuto invece configurarsi come un'ipotesi di violazione del dovere di correttezza, incidente solo sul diritto al risarcimento del consumatore, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. (C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 18 ss.).

⁷⁴ Tale scelta normativa veniva giustificata nella relazione di accompagnamento al primo schema di decreto legislativo attuativo della direttiva (UE) 771/2019, da un lato, con l'adesione alla raccomandazione presente nel considerando n. 46 della direttiva, dall'altro, con la volontà di elaborare una disciplina coerente con quella della maggior parte degli Stati membri che, già sotto la vigenza della direttiva 1999/44/CE, non avevano optato per l'introduzione di siffatto onere.

⁷⁵ In questo senso, v. F. BOCCHINI, sub *art. 132*, cit., p. 304 ss.; P. AGOSTINELLI, sub *art. 1519-sexies*, *Commento al comma 3*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., p. 586 ss.

⁷⁶ Corte Giust. UE, sez. I, 4 giugno 2015, causa C-497/13, *Faber*.

posizione del creditore nel sistema elaborato nel diritto interno, in ordine all'onere della prova dell'inadempimento dell'obbligazione. Per vero, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite si è pronunciata nel 2001 in tema di onere della prova dell'inadempimento e inesatto adempimento dell'obbligazione, sancendo il principio per cui al creditore spetta solo l'allegazione dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento, oltretutto la prova del titolo del credito e dell'eventuale termine di scadenza, mentre grava sul debitore la prova di aver esattamente adempiuto o di non aver potuto adempiere per causa a lui non imputabile⁷⁷. Se dunque il difetto di conformità si qualifica come inesatto adempimento di un'obbligazione e, segnatamente, dell'obbligazione di consegna del bene conforme al contratto, in applicazione del principio enunciato dalle Sezioni Unite, spetterebbe al consumatore solo l'allegazione del difetto di conformità, a prescindere che il vizio si manifesti o meno entro sei mesi dalla consegna, mentre il professionista dovrebbe dimostrare l'assenza del difetto al momento della consegna. Pertanto, secondo la citata tesi dottrinale, la disposizione di cui all'art. 5, par. 3, avrebbe dovuto essere interpretata nel senso che spettasse sempre al professionista la prova della mancata esistenza del difetto al momento della consegna, in aderenza al principio giurisprudenziale pocanzi citato, in quanto interpretazione più favorevole al consumatore⁷⁸.

Questa soluzione era stata peraltro accolta dall'art. 8, par. 3, della proposta modificata di direttiva del 2017: la disposizione, invero, allineava il periodo di responsabilità del venditore alla presunzione di sussistenza del difetto al momento della consegna, sancendo che il difetto di conformità che si manifestasse entro due anni dalla consegna si presumeva esistente a partire da tale momento, con la conseguenza che sarebbe spettato in ogni caso al venditore dimostrare che il difetto non fosse sussistente al momento della consegna del bene⁷⁹.

⁷⁷ V. Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova g. civ. comm.* 2002, I, p. 349 ss., con nota di B. MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*. Secondo tale pronuncia «il creditore, sia che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. [...] esigenze di omogeneità del regime probatorio inducono ad estendere anche all'ipotesi dell'inesatto adempimento il principio della sufficienza dell'allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando anche in tale eventualità sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento».

⁷⁸ In tal senso, v. A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 119 s.; cfr. altresì F.P. PATTI, *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso "Faber"*, *Nuova g. civ. comm.* 2016, p. 15; F. AZZARRI, *Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo*, in *Contratti* 2015, p. 1093 s.

⁷⁹ La *ratio* dell'intervento volto ad allineare la durata della "garanzia" e la presunzione di sussistenza del difetto emergeva dal considerando n. 26 della proposta, secondo il quale «Affinché le imprese possano

L'art. 11 della direttiva (UE) 771/2019, di converso, si limita ad ampliare il tempo entro il quale il difetto possa manifestarsi affinché operi la presunzione della sussistenza del difetto al momento della consegna, ma lascia discrezionalità agli Stati membri in ordine all'allineamento tra il periodo entro il quale il manifestarsi del difetto comporta la responsabilità del professionista e quello in cui opera la presunzione. Invero, la disposizione citata prevede che il difetto di conformità che si manifesti entro un anno – e non più sei mesi – dalla consegna si presume sussistente a partire da tale momento, salvo che gli Stati membri non stabiliscano che possa manifestarsi entro due anni dalla consegna⁸⁰, termine quest'ultimo che corrisponde al lasso di tempo entro il quale il manifestarsi del difetto conduce alla responsabilità del professionista, ai sensi dell'art. 10, par. 1, della direttiva.

Tuttavia, tale allineamento, seppur guardato con favore da una parte della dottrina⁸¹, non è stato operato dal legislatore italiano che, al nuovo art. 135 cod. cons., si limita a riprodurre il paragrafo 1 dell'art. 11 della direttiva, sancendo che «*Salvo prova contraria, si presume che qualsiasi difetto di conformità che si manifesta entro un anno dal momento in cui il bene è stato consegnato esistesse già a tale data, a meno che tale ipotesi sia incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità*»⁸².

D'altro canto, se sotto la vigenza della direttiva 1999/44/CE, che era una direttiva di armonizzazione minima, era forse ammissibile un'interpretazione che, ponendo a carico del venditore l'onere della prova del difetto, a prescindere dal periodo in cui operava l'inversione della prova, conducesse ad un rafforzamento della tutela del consumatore,

avvalersi di un corpus unico di norme applicabili in tutta l'Unione, è necessario armonizzare pienamente il periodo di tempo durante il quale l'onere di provare il difetto di conformità è invertito a favore del consumatore».

⁸⁰ Secondo il considerando n. 45, invero, «*Per un periodo di un anno, o per un periodo di due anni se gli Stati membri scelgono di applicare un periodo biennale, il consumatore dovrebbe soltanto provare che il bene non è in conformità, senza dover provare che il difetto di conformità sussisteva effettivamente al momento rilevante per la determinazione della conformità. Per confutare il reclamo del consumatore, il venditore dovrebbe provare che il difetto di conformità non sussisteva in quel momento*».

⁸¹ Cfr. M. FACCIOLO, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Nuove l. civ. comm.* 2020, p. 275 s., il quale, oltre a segnalare taluni aspetti critici, come la circostanza che il consumatore non avrebbe svolto una verifica in tempi brevi dello stato del bene, segnala altresì come una scelta normativa volta all'allineamento tra periodo nel quale opera la presunzione e durata della responsabilità del professionista avrebbe garantito un alto livello di tutela del consumatore e non avrebbe aggravato eccessivamente la posizione del venditore, in quanto l'onere probatorio a suo carico sarebbe stato limitato dall'incompatibilità con la natura del bene o del difetto, così come previsto dal par. 1 dell'art. 11.

⁸² Nella relazione di accompagnamento al primo schema di decreto attuativo, la scelta di non operare l'allineamento tra durata della responsabilità del professionista e periodo in cui opera la presunzione di cui all'art. 11 veniva motivata in quanto tale allineamento risultava il «*frutto di una posizione minoritaria degli Stati membri ed eccessivamente distante dalle precedenti previsioni*».

maggiori dubbi sorgono sotto la vigenza della direttiva (UE) 2019/771, di armonizzazione massima. Lecito dunque sembra chiedersi se il principio dettato dalle Sezioni Unite nel 2001, applicato alle vendite *B-to-C*, non conduca, oggi, ad un'interpretazione non più conforme al diritto europeo⁸³, considerato che invece si presenta come conforme il principio espresso dalle più recenti Sezioni unite del 2019 n. 11748⁸⁴, secondo le quali, nella ambito delle vendite codicistiche, l'onere della prova del vizio spetta al compratore⁸⁵.

D'altro canto, la scelta operata dalla direttiva (UE) 2019/771 di lasciare gli Stati membri liberi di prevedere un termine più lungo entro il quale opera la presunzione di sussistenza del difetto a partire dal momento della consegna del bene, rispetto a quello sancito dall'art. 11, non garantisce una armonizzazione completa della disciplina dell'onere probatorio.

Infine, tra le novità introdotte dalla direttiva, rispetto alla direttiva 1999/44/CE, emerge, come anticipato, che la disciplina del difetto di conformità possa essere derogata dalle parti. Segnatamente, all'art. 7, par. 5, della direttiva, corrispondente all'art. 130, comma 4, cod. cons.⁸⁶, viene previsto che *«Non vi è difetto di conformità ai sensi del paragrafo 1 o 3 se, al momento della conclusione del contratto di vendita, il consumatore era stato specificamente informato del fatto che una caratteristica particolare del bene si discostava dai requisiti oggettivi di conformità previsti al paragrafo 1 o 3 e il consumatore ha espressamente e separatamente accettato tale scostamento al momento della conclusione del contratto di vendita»*.

Dalla disposizione citata si ricava che le parti possono stipulare un accordo di deroga dei soli requisiti oggettivi di conformità, in presenza di determinate prescrizioni poste a tutela del consumatore: questi invero deve essere specificamente informato che il

⁸³ V., in tal senso, S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, cit., p. 222, nt. 49, il quale precisa altresì che il giudice nazionale, in ogni caso, è tenuto ad un'interpretazione conforme alla direttiva e, per tale ragione, può arrivare a modificare un orientamento costante della giurisprudenza interna, ove questo sia in contrasto con gli obbiettivi della direttiva, così come sancisce la Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la sentenza del 23 maggio 2019, causa C-52/18, C.F. c. *Toolport GmbH*.

⁸⁴ V. cap. II, nt. 47.

⁸⁵ La dottrina osserva come il principio dettato dalle Sezioni Unite del 2019 n. 11748 è principio che è destinato ad applicarsi ad ogni compravendita, in quanto principio conforme anche ai principi dettati in tema di vendita *B-to-C* dalla nuova direttiva (cfr. S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, cit., p. 222, nt. 49).

⁸⁶ La disposizione del codice del consumo, che non apporta sostanziali modifiche a quella della direttiva, sancisce che *«Non vi è difetto di conformità ai sensi dell'articolo 129, comma 3, e dell'articolo 130, comma 2, se, al momento della conclusione del contratto di vendita, il consumatore era stato specificamente informato del fatto che una caratteristica particolare del bene si discostava dai requisiti oggettivi di conformità previsti da tali norme e il consumatore ha espressamente e separatamente accettato tale scostamento al momento della conclusione del contratto di vendita»*.

bene non possiede determinati requisiti di conformità e deve espressamente e separatamente accettare la consegna del bene privo di tali requisiti⁸⁷.

2.1. L'obiettivo del legislatore europeo: la flessibilità delle norme e il conseguente rilievo attribuito alla autonomia privata. L'ulteriore finalità antielusiva e la garanzia di un elevato livello di tutela del consumatore

La scelta di elidere l'esimente della responsabilità del professionista legata agli stati soggetti del consumatore, nonché la contestuale introduzione di una disposizione volta ad attribuire alla volontà negoziale la facoltà di derogare ai requisiti di conformità, sembra riflettere la *ratio* generale della nuova direttiva.

Infatti, tra i diversi obiettivi che si prefigge la direttiva emerge quello di garantire una certa flessibilità alle norme, attribuendo grande rilievo alla autonomia privata, fino ad ammettere che essa possa derogare importanti aspetti della disciplina dettata dalla normativa europea, tra i quali i criteri di conformità del bene al contratto. Tale obiettivo emerge dal considerando n. 36, il quale sancisce che *«al fine di garantire una flessibilità sufficiente delle norme [...] alle parti dovrebbe essere consentito discostarsi dai requisiti oggettivi di conformità previsti dalla presente direttiva»*.

A conferma della tendenza della nuova direttiva ad attribuire un certo rilievo alla volontà negoziale, si pongono talune disposizioni, assenti nell'assetto normativo della precedente direttiva 1999/44/CE⁸⁸.

In primo luogo, l'art. 21 della direttiva, al paragrafo 1, sancisce che *«qualsiasi accordo contrattuale che, a danno del consumatore, escluda l'applicazione delle disposizioni nazionali che recepiscono la presente direttiva, oppure vi deroghi, o ne modifichi gli effetti prima che il difetto di conformità del bene sia portato all'attenzione del venditore da parte del consumatore, non vincola il consumatore»*, facendo tuttavia salvo *«quanto altrimenti disposto dalla presente direttiva»*. Allo stesso modo, l'art. 135-*sexies*, comma 1, cod. cons., oltre a prevedere la nullità – quale nullità di protezione poiché azionabile solo dal consumatore e allo stesso tempo rilevabile d'ufficio – di *«ogni patto, anteriore alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volto ad escludere o*

⁸⁷ Secondo S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, cit., p. 220, nt. 36 e ID., *A partire dalla dir. 2019/771 UE: riflessioni sul concetto di armonizzazione massima*, cit., p. 20, nt. 30, la disposizione di cui all'art. 7, par. 5, della direttiva «sembra dunque testualmente ammettere una *deroga* ai criteri di conformità subordinandola alla *doppia condizione* di una conoscenza ed accettazione espressa dello stato dei beni».

⁸⁸ In tal senso, cfr. F. BERTELLI, *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771 UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore*, in *Europa e dir. priv.* 2019, p. 985 ss.

limitare a danno del consumatore, anche in modo indiretto, i diritti riconosciuti dal presente capo», fa salvo «quanto altrimenti disposto dal presente capo».

Questa clausola di salvezza, ovvero quella che “fa salvo quanto altrimenti disposto dalla normativa”, configura la vera novità rispetto alla direttiva precedente: invero, la nuova direttiva, dopo aver chiarito che la disciplina dettata dalla stessa è inderogabile dalle parti, ammette una eccezione a tale regola, ogni qualvolta la direttiva stessa la preveda. Ed è proprio tale eccezione che garantisce la validità di quei patti derogativi della disciplina di conformità del bene al contratto, ai sensi dell’art. 7, par. 5, della direttiva⁸⁹.

In secondo luogo, il paragrafo 2 dell’art. 21, così come l’art. 135-*sexies*, comma 2, cod. cons., statuisce che il venditore possa offrire al consumatore condizioni migliori di vendita rispetto a quelle previste dalla direttiva⁹⁰. Dalla disposizione, che appare coerente con la *ratio* della direttiva volta a mantenere un livello elevato di tutela del consumatore, emerge come sia valorizzata l’autonomia decisionale delle parti, alle quali è attribuita la facoltà di migliorare la posizione del consumatore in deroga alla disciplina consumeristica, facoltà che invece non è concessa agli Stati membri in sede di attuazione, ai sensi dell’art. 4 della direttiva.

A ben vedere, la tensione verso una valorizzazione della autonomia negoziale si poteva apprezzare già con la proposta di direttiva del 2017, la quale oltre ad ammettere anch’essa la validità del patto di deroga ai requisiti oggettivi di conformità, al considerando n. 22 rendeva ancora più esplicita la volontà di favorire l’autonomia contrattuale. Secondo il considerando pocanzi citato, invero, la direttiva si proponeva di «*preservare la libertà contrattuale sui criteri di conformità al contratto*».

D’altro canto, la proposta del 2017 chiariva altresì come «per impedire che la *responsabilità per difetto di conformità venga elusa e garantire un livello elevato di protezione dei consumatori*, qualsiasi deroga, a danno degli interessi del consumatore, alle norme imperative sui criteri di conformità e sull’imperfetta installazione dovrebbe essere valida solo se il consumatore ne è stato espressamente informato e vi ha espressamente acconsentito al momento della conclusione del contratto», ai sensi del considerando n. 22. Da tale considerando emergeva, dunque, che la specifica informazione del consumatore e la sua accettazione espressa alla consegna di un bene privo di tutti i requisiti di conformità

⁸⁹ Sul punto, cfr. G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l’attuazione della dir. UE 2019/771*, in *R. d. priv.* 2021, p. 247.

⁹⁰ Tale facoltà del venditore non era invece prevista dalla direttiva del 1999/44/CE, così come dalla proposta modificata di direttiva del 2017, che, all’art. 18, prevedeva un unico paragrafo, corrispondente al primo paragrafo dell’attuale art. 21.

sarebbero state imposte dalla direttiva al fine di evitare una elusione delle norme e garantire allo stesso tempo la protezione del consumatore.

Il considerando della direttiva (UE) 2019/771, d'altra parte, non dichiara espressamente quale sia la *ratio* sottesa all'imposizione delle prescrizioni, che pur essa prevede, in ordine all'adozione del patto di deroga dei requisiti oggettivi di conformità, limitandosi, con il considerando n. 36, ad affermare che «*Un tale scostamento dovrebbe essere consentito solo qualora il consumatore ne sia stato specificamente informato e l'accetti separatamente da altre dichiarazioni o altri accordi, e mediante una condotta attiva e inequivocabile*». Ad ogni modo, le ragioni sottese alla necessità di introdurre talune accortezze ai fini della validità degli accordi di deroga sembrano potersi ricavare, per analogia, nelle ragioni già espresse dalla proposta di direttiva del 2017, nonché nella *ratio* della disciplina delle clausole abusive, come si avrà modo di approfondire meglio, che si traduce, analogamente, nell'obbiettivo di tutelare il consumatore e di impedire l'elusione delle norme che regolano i contratti stipulati tra professionisti e consumatori.

2.2. La facoltà di scostamento, espressamente e separatamente accettato dal consumatore, dai requisiti oggettivi di conformità, introdotta dall'art. 7, par. 5

Si è già segnalato come la direttiva (UE) 2019/771 abbia escluso dalla disciplina in tema di conformità dei beni al contratto l'operatività di quel principio secondo il quale la conoscenza e la conoscibilità del difetto da parte del consumatore, al momento della conclusione del contratto, esclude la responsabilità del professionista per difetto di conformità. L'irrilevanza degli stati soggettivi del consumatore è tuttavia compensata dal rilievo che viene attribuito alla volontà negoziale delle parti e, in particolare, del consumatore, il quale, ai sensi dell'art. 7, par. 5, attuato dall'art. 130, comma 4, cod. cons., dopo essere stato specificamente informato del difetto di conformità, è chiamato ad accettare espressamente e separatamente la deroga ai requisiti di conformità, non bastando la semplice conoscenza o conoscibilità del difetto a liberare il professionista dalla responsabilità per difetto di conformità.

A ben vedere, la disposizione pocanzi citata non sembra essere, nella sua formulazione, molto distante dall'art. 99, par. 3 del CESL⁹¹, pur differenziandosi sotto il profilo di alcune scelte lessicali. Anche la disposizione del CESL, invero, ammetteva un "accordo in deroga" agli articoli che delineavano i requisiti oggettivi di conformità,

⁹¹ Definisce il CESL come «costola» della direttiva del 2019 G. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contratto e impr.* 2019, p. 825.

stabilendo, ai fini della validità dell'accordo, che il consumatore ne dovesse essere a conoscenza e dovesse accettare il bene come conforme al contratto.

Più aderente al testo dell'art. 99, par. 3, del CESL risultava tuttavia la versione precedente della disposizione della direttiva, ovvero l'art. 4, par. 3, della proposta di direttiva modificata del 2017. Tale ultima disposizione, invero, recitava «*Qualsiasi accordo che escluda quanto previsto agli articoli 5 e 6 oppure vi deroghi o ne modifichi gli effetti a danno del consumatore è valido solo se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era a conoscenza della specifica condizione del bene e l'ha accettata espressamente*».

Un primo profilo di divergenza, rispetto alla versione definitiva della disposizione, attiene all'espressione impiegata per indicare le sorti del patto derogatorio, ove non vengano rispettate le prescrizioni dettate dalla disposizione. Invero, l'art. 4, par. 3, della proposta del 2017, così come anche la disposizione del CESL, precisava come qualsiasi accordo derogativo «è valido solo se» il consumatore è a conoscenza delle caratteristiche del bene e le abbia espressamente accettate. L'art. 7, par. 5, invece, esordisce con l'espressione «*non vi è difetto di conformità*» se il consumatore abbia espressamente e separatamente accettato la deroga ai requisiti oggettivi di conformità. Nel testo definitivo, pertanto, non viene precisato se il contratto debba o meno considerarsi invalido, nel mancato rispetto delle prescrizioni previste, ma sembra delineare piuttosto l'oggetto della prestazione dovuta dal professionista, in ipotesi di accordo derogativo tra le parti.

Per tale ragione, sembra doversi guardare con maggior favore alla formulazione della norma adottata dalla direttiva del 2019, che esclude, almeno formalmente, che l'accordo di deroga possa qualificarsi come un accordo limitativo della responsabilità del professionista, come tale soggetto al sindacato di vessatorietà, riconducendolo piuttosto ad un accordo di determinazione dell'oggetto. Ad ogni modo, la rubrica dell'art. 4 della proposta del 2017, «*Conformità al contratto*» – così come la rubrica dell'art. 2 della direttiva 1999/44/CE –, lascia presumere che anche i patti derogativi di cui all'art. 4, par. 3, rilevassero per escludere la difformità del bene al contratto e dunque incidessero solo sull'oggetto della prestazione del venditore.

Altra differenza che si rinviene tra il testo della proposta e quello definitivo attiene alle prescrizioni previste ai fini della efficacia dell'accordo di deroga. L'art. 4, par. 3, della proposta, invero, richiedeva la semplice «conoscenza» e «accettazione espressa» della deroga ai requisiti di conformità. Con l'art. 7, par. 5, invece, i requisiti divengono più rigorosi, in quanto il consumatore è tenuto non solo ad accettare espressamente ma anche

separatamente la deroga pattizia, richiamando così le espressioni impiegate dal legislatore europeo in tema di clausole vessatorie.

Al di là delle singole differenze lessicali, ad una più attenta analisi, il principio dettato dall'art. 7, par. 5, della direttiva, che ammette la deroga della disciplina consumeristica a fronte di una manifestazione di volontà delle parti contrattuali, non sembra del tutto sconosciuto al diritto dei contratti del consumatore.

A tal fine, rileva la disciplina dettata in tema di contratti stipulati a distanza e fuori dai locali commerciali. Segnatamente, l'art. 59⁹², lett. a), cod. cons., nell'ambito dei contratti di servizi, prevede che il consumatore perde il diritto di recesso a seguito del completamento dell'esecuzione del servizio, se la prestazione è stata iniziata con l'accordo espresso del consumatore e se quest'ultimo ha accettato la perdita del diritto di recesso a completamento della prestazione. Allo stesso modo, ove il contratto abbia ad oggetto una fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale, il consumatore perde il suo diritto di recedere dal contratto se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso dello stesso e con l'accettazione circa la perdita del diritto di recesso, ai sensi dell'art. 59, lett. o), cod. cons.⁹³.

Dalle disposizioni pocanzi citate emerge un profilo di contatto con la disposizione introdotta dalla direttiva, che attiene alla valorizzazione dell'autonomia privata: in entrambe le ipotesi, invero, al consumatore è concesso di rinunciare ad un diritto nascente dalla disciplina consumeristica⁹⁴, attraverso una accettazione espressa⁹⁵.

⁹² La disposizione di cui all'art. 59 cod. cons. è norma attuativa dell'art. 16 della direttiva 2011/83/UE.

Quest'ultima direttiva ha condotto all'accorpamento della disciplina in tema di contratti stipulati fuori dai locali commerciali (regolata fino a quel momento dalla direttiva 85/577/CEE) e della disciplina in tema di contratti stipulati a distanza (regolata in precedenza dalla direttiva 97/7/CE). In particolare, il d.lgs. n. 21 del 2014 ha abrogato l'art. 48 cod. cons., in tema di contratti stipulati fuori dai locali commerciali, e l'art. 55 cod. cons., dettato con riguardo ai contratti a distanza, introducendo l'art. 59 cod. cons., concernente le ipotesi di esclusione del diritto di recesso sia con riguardo ai contratti stipulati fuori dai locali commerciali che a distanza (v., in ordine alle differenze tra le precedenti disposizioni che regolavano le ipotesi di esclusione del recesso e l'attuale art. 59, cod. cons., A. BALDI, sub art. 59, in *I nuovi diritti dei consumatori, Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, a cura di A.M. GIAMBINO-G. NAVA, Torino, Giappichelli, 2014, p. 204 ss.).

⁹³ Rispetto all'ipotesi normativa descritta alla lettera a), la lett. o) dell'art. 59 cod. cons. non esplicita se la prestazione debba essere eseguita interamente.

Inoltre, a tale ipotesi si applicano le garanzie previste agli artt. 50, comma 2, e 51, comma 7, lett. b), cod. cons. (v. A. BALDI, *op. cit.*, p. 213).

⁹⁴ Cfr., sul punto, M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 183 s., la quale osserva come, in realtà, il consumatore non effettui una vera e propria rinuncia ad un diritto, ma, attraverso l'accettazione della perdita del diritto di recesso, questi esprima una ulteriore manifestazione di volontà, implicante la consapevolezza circa l'impedimento all'esercizio del recesso, ove la prestazione venga eseguita per l'intero; cfr. altresì A. BALDI, *op. cit.*, p. 209, secondo il quale l'ipotesi normativa di cui all'art. 59, comma 1, lett. a), cod. cons., attribuisce «una certa rilevanza al comportamento del consumatore che così – in linea teorica – non può risultare ignaro o inconsapevole della eccezione».

Inoltre, è possibile individuare il medesimo principio anche nell'ambito dei contratti stipulati a distanza, aventi ad oggetto servizi finanziari⁹⁶. Invero, l'art. 67-*duodecies*, comma 5, lett. c), cod. cons., prevede che il diritto di recesso non possa essere esercitato dal consumatore nell'ipotesi in cui il contratto sia stato interamente eseguito da entrambe le parti, su esplicita richiesta formulata per iscritto dal consumatore, prima dell'esercizio del recesso da parte di quest'ultimo. Non è d'altra parte chiaro se il contenuto della dichiarazione scritta che il consumatore rivolge al professionista consista nell'espressione della volontà di eseguire il contratto per intero o in una rinuncia al diritto di recesso, condizionata all'esecuzione del contratto. Ad ogni modo, ove si optasse per la prima delle due ipotesi, tale dichiarazione presupporrebbe quanto meno la conoscenza da parte del consumatore della perdita del diritto di recesso, stante gli obblighi informativi sanciti dall'art. 67-*septies*, comma 1, lett. a) cod. cons., che impone di informare il consumatore, prima della stipulazione del contratto, delle ipotesi in cui il diritto di recesso è escluso, ai sensi dell'art. 67-*duodecies* cod. cons.

Si deve ad ogni modo precisare che, rispetto ai contratti di servizi, è stato osservato in dottrina come la rinuncia al diritto di recesso sia facoltà attribuita al consumatore, non

Sulla tematica della rinuncia al diritto di recesso, si segnala altresì che le disposizioni di cui all'art. 59, lett. a) e lett. o) cod. cons. si pongono come eccezione alla norma di carattere generale di cui all'art. 66-*ter* cod. cons. (cfr. sul punto M.P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 182), secondo il quale «*Se il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro dell'Unione europea, i consumatori residenti in Italia non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo. Eventuali clausole contrattuali che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalle disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo, non vincolano il consumatore*», nonché del principio sancito all'art. 143 cod. cons. (cfr. sul punto M. FARNETI, *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, in *Nuove l. civ. comm.* 2014, p. 966), secondo il quale «*I diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili. È nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice [...]*». Secondo parte della dottrina, tuttavia, «le eccezioni non fanno altro che confermare la regola: la possibilità di rinunciare al recesso nelle fattispecie appena ricordate trova spazio *solo* in quanto appositamente prevista dalla legge, e soprattutto *solo* alle condizioni rigorosamente indicate nelle rispettive previsioni» (così M. FARNETI, *op. ult. cit.*, p. 966 s.).

⁹⁵ La disciplina dettata dall'art. 59, peraltro, limita maggiormente la libertà negoziale rispetto a quella dettata dal precedente art. 55 cod. cons. Invero, l'abrogato art. 55, comma 2, lett. a) cod. cons. sanciva che il consumatore non potesse esercitare il diritto di recesso nei contratti di fornitura di servizi ove il professionista avesse iniziato ad eseguire la prestazione, salvo che le parti non si fossero accordate diversamente, sempreché il consumatore, prima della scadenza del termine di recesso, acconsentisse all'inizio dell'esecuzione della prestazione. Pertanto, il diritto di recesso poteva essere escluso semplicemente con il consenso del consumatore a che la prestazione avesse inizio.

L'attuale art. 59, cod. cons., invece, subordina la perdita del diritto di recesso al rispetto di una serie di requisiti, ben più stringenti: la disposizione invero sancisce che la prestazione debba essere completamente eseguita (almeno per quanto attiene all'ipotesi descritta alla lettera a), che il consumatore acconsenta espressamente all'inizio dell'esecuzione della prestazione e che accetti la perdita del proprio diritto di recedere (v. il confronto tra le disposizioni operato da M.P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 124 s., la quale segnala come la nuova disciplina si presenti come disciplina di maggior favore per il consumatore).

⁹⁶ Sul punto, v. ID., *ivi*, p. 125.

solo e non tanto a tutela dell'autonomia contrattuale, ma soprattutto in forza della peculiarità della tipologia del contratto. Invero, nel caso di contratti aventi ad oggetto una prestazione di servizi, ove venga esercitato il recesso, «l'avvenuta esecuzione determina un impegno non ricompensato, con perdita del valore della prestazione eseguita, anche parzialmente»⁹⁷. Dunque, la disposizione che permette al consumatore la rinuncia del diritto di recesso ove la prestazione sia stata eseguita sarebbe volta non tanto a garantire la libertà contrattuale, ma piuttosto ad evitare che il professionista rimanga pregiudicato dall'esecuzione del contratto rispetto al quale poi il consumatore eserciti un diritto di recesso⁹⁸. Invero, l'esercizio del diritto di recesso, in tal caso, corrisponderebbe ad una condotta contraria al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, dettato dall'art. 1375 c.c. e riconosciuto anche come principio proprio dell'Unione europea⁹⁹.

A prescindere dalla *ratio* che la dottrina individua per le singole disposizioni, rimane certo che la scelta di attribuire al consumatore la facoltà di derogare ai diritti attribuiti dalla disciplina consumeristica non sia del tutto nuova al diritto dei consumatori, che amplia le maglie entro le quali può operare la libertà negoziale¹⁰⁰: essa sembra essere frutto di una tendenza alla valorizzazione, più o meno consapevole, dell'autonomia privata, a discapito della rigidità della disciplina, nonché alla valorizzazione del legittimo affidamento del consumatore in ordine alle dichiarazioni del venditore¹⁰¹.

Tuttavia, come è stato osservato in relazione alla previsione del CESL, tale scelta normativa, seppur presenti il pregio di dipanare le criticità emergenti dal sistema elaborato dalla direttiva 1999/44/CE, allo stesso tempo suscita nuove e non meno complesse criticità sul piano ermeneutico ed applicativo.

⁹⁷ Così, seppur con riguardo alla precedente disciplina dettata dall'art. 55, comma 2, lett. a) cod. cons., F. BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE, Verso un codice europeo del consumo*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 234. Nello stesso ordine di idee v. altresì F. TORIELLO, *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contratto e impr. – Europa* 1997, p. 852 s.

⁹⁸ Cfr. F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 233.

⁹⁹ Per un approfondimento sul principio di buona fede come principio dell'Unione europea, v. E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa e dir. priv.* 2012, p. 953 ss.

V. altresì *infra*, sez. IV, par. 4.5.

¹⁰⁰ Per quanto attiene ai precedenti normativi dell'art. 7, par. 5, direttiva (UE) 2019/771, vedi l'analisi svolta in M. DIANIN, *La «derogabilità» dei criteri oggettivi di conformità al contratto: il nuovo art. 130, comma 4, del codice del consumo*, in *Studium Iuris* 2022, p. 830.

¹⁰¹ Cfr. quanto già affermato in relazione alla disciplina dettata dal CESL da F. ZOLL, *sub art. 99, cit.*, p. 470.

Sezione III

3. I profili di criticità suscitati dalla disposizione che consente la deroga dei requisiti oggettivi di conformità, in presenza di una specifica informazione e della accettazione espressa e separata del difetto di conformità da parte del consumatore

L'introduzione della facoltà di addivenire a dei patti derogativi dei requisiti oggettivi di conformità, pur in presenza di determinate accortezze a tutela del consumatore, così come previsto dall'art. 7, par. 5, della direttiva (UE) 2019/771, riprodotto pedissequamente all'art. 130, comma 4, cod. cons., presenta diversi aspetti risolutivi delle criticità suscitate dalla precedente disciplina, ma, allo stesso tempo, è foriera di altrettanti profili di criticità.

In primo luogo, emerge la frizione tra la facoltà concessa alle parti di derogare alla disciplina del difetto di conformità e il carattere dichiaratamente imperativo della disciplina stessa. Alla luce della disposizione di cui all'art. 7, par. 5, invero, potendo l'autonomia privata spingersi fino a derogare parzialmente la disciplina della direttiva, in senso sfavorevole al consumatore, l'imperatività delle norme della direttiva viene messa in discussione, con conseguente frustrazione non solo della tutela che la direttiva intende apprestare al consumatore, ma anche degli obiettivi generali dell'Unione europea, tra i quali figura quello di armonizzazione delle legislazioni nazionali.

In secondo luogo, l'introduzione della disposizione di cui all'art. 7, par. 5, e dunque della facoltà per le parti di derogare alla disciplina della direttiva, rende difficile il coordinamento con altre direttive, che pur essa richiama in quanto volta ad integrarne la disciplina. Segnatamente, il considerando n. 11 sancisce che la direttiva (UE) 2019/771 integra la direttiva (UE) 2011/83, la quale, tuttavia, è caratterizzata dal principio di inderogabilità pattizia delle norme in essa contenute.

In terzo luogo, appare evidente come il patto derogatorio lasci aperta la questione in ordine alla sua qualificazione come clausola descrittiva dell'oggetto del contratto o clausola incidente sulla responsabilità del professionista, con la conseguente necessità, in quest'ultimo caso, di valutare la sua compatibilità alla disciplina delle clausole vessatorie, dettata dalla direttiva 13/1993/CE.

In quarto luogo, la formulazione letterale dell'art. 7, par. 5, riprodotta peraltro senza variazioni all'art. 130, comma 4, cod. cons., nella sua genericità, dà adito a taluni dubbi interpretativi e applicativi. Tra questi, si segnala come non sia esplicitata la forma richiesta

per l'accettazione del patto derogativo dei requisiti oggettivi di conformità, nonché rimane da chiarire come tale disposizione possa applicarsi nell'ambito dei contratti *on-line*.

3.1. *L'autonomia privata e l'imperatività delle norme. L'incidenza della derogabilità della disciplina sull'obiettivo di armonizzazione massima*

La derogabilità dei criteri oggettivi di conformità, e quindi di una parte fondamentale della disciplina in tema di conformità del bene al contratto, comporta la messa in discussione del carattere dichiaratamente imperativo delle norme della direttiva (UE) 2019/771.

Sembra d'uopo premettere che la nozione di imperatività impiegata dalle direttive europee diverge dal significato che viene attribuito a tale nozione nel diritto interno.

Invero, l'imperatività delle disposizioni, per come viene intesa nell'ambito del diritto di matrice europea, non esprime la distinzione tra norme imperative e norme dispositive¹⁰², quantomeno nei limiti in cui in quest'ultima categoria di norme rientrano anche le norme suppletive¹⁰³. Che le norme imperative non si contrappongano a quelle

¹⁰² Cfr. P.M. PUTTI, sub *art. 1519-octies*, in *L'acquisto di beni di consumo*, cit., p. 78 s.; ID., *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, ESI, 2002, p. 352 s.; A.M. SINISCALCHI, *Limitazione di responsabilità nella «vendita» dei beni di consumo*, in *Danno e resp.* 2005, p. 487; ID., sub *art. 134*, in *Codice del consumo*, a cura di G. VETTORI, Padova, Cedam, 2007, p. 1013 s.

Per vero, neppure tra nella dottrina nazionale v'è unanimità in ordine alla definizione di "norma imperativa" e, in particolare, in ordine alla relazione che intercorre tra tale nozione e la nozione di "norma inderogabile" (sul punto, v. M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 34 ss.). Ad esempio, secondo una tesi dottrinale, le norme imperative corrispondono alle norme inderogabili, ovvero a «quelle norme la cui applicazione è imposta dall'ordinamento prescindendo dalla volontà dei singoli», in contrapposizione alle norme dispositive, che invece sono derogabili dalla volontà negoziale (così A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 22). Secondo un'altra tesi, invece, è necessario distinguere tra norme inderogabili, che consistono in prescrizioni rivolte ai privati affinché la loro volontà esplichi effetti giuridici, e norme imperative in senso proprio, che incidono sul contenuto dell'atto privato in ragione di interessi generali (v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2019, p. 14 s.).

Neppure può dirsi così netta la distinzione tra norme imperative e norme dispositive: invero, secondo una tesi dottrinale, anche la norma dispositiva di diritto interno può assumere i caratteri dell'imperatività, se si considera tale carattere alla stregua della capacità di esprimere un comando, propria di ogni norma (v. M. NOVELLA, *op. cit.*, p. 17 ss.).

In ordine al carattere imperativo delle norme di fonte nazionale, v. altresì P.S. MIGLIORI, *Sulla imperatività delle norme giuridiche*, Roma 1933 - Estratto dalla *R. int. fil. dir.* 1933.

¹⁰³ V., sul punto, P.M. PUTTI, sub *art. 1519-octies*, cit., p. 78 s.; ID., *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, cit., p. 352 s., il quale riporta la parte della relazione del 27 aprile 2000 della Commissione in ordine all'applicazione della direttiva 1993/13/CE, ove viene precisato come «*il termine "imperative" non riflette la distinzione abitualmente fatta nel diritto civile tra disposizioni vincolanti e le disposizioni suppletive*» (COM 2000, 248 def.).

In ordine al rapporto tra norme dispositive e norme suppletive, v. M. NOVELLA, *op. cit.*, p. 13, nt. 23, il quale osserva come la distinzione tra norme dispositive e suppletive, pur operata da una parte della dottrina, ha un

dispositive ovvero suppletive, nel diritto dell'Unione, è ricavato, da una parte della dottrina¹⁰⁴, dal considerando n. 13 della direttiva 1993/13/CE, secondo il quale «l'espressione “disposizioni legislative o regolamentari imperative” che figura all'articolo 1, paragrafo 2, comprende anche le regole che per legge si applicano tra le parti contraenti allorché non è stato convenuto nessun altro accordo».

La dottrina ha dunque osservato come, seppur per “norma imperativa” si dovrebbe intendere solo la norma inderogabile, la quale si pone come limite all'autonomia privata, al fine di soddisfare gli obiettivi dei trattati europei¹⁰⁵, tale inderogabilità sia, di regola, “relativa”: la normativa, invero, rimane derogabile laddove le parti stipulino degli accordi volti ad attribuire al contraente debole un livello di tutela maggiore rispetto a quello concesso dalla direttiva¹⁰⁶.

Ed è proprio sul carattere relativo della imperatività, per come concepita dal legislatore europeo, che una parte della dottrina ravvisa la maggiore differenza con la nozione di norma imperativa conosciuta dall'ordinamento nazionale¹⁰⁷. Nel diritto interno, invero, «solo l'impossibilità di sottrarsi all'applicazione di una norma da parte dei suoi destinatari garantisce della natura non dispositiva della norma in esame»¹⁰⁸.

L'imperatività delle norme della direttiva (UE) 2019/771 viene sancita, come già evidenziato, dall'art. 21 della direttiva (UE) 2019/771, rubricato “*Imperatività delle norme*”, il quale vieta alle parti, attraverso accordi contrattuali in danno al consumatore, di derogare, modificare o escludere l'applicazione delle disposizioni di attuazione della direttiva, prima che il difetto sia portato a conoscenza del professionista dal consumatore.

Tale disposizione, tuttavia, non si limita a qualificare come imperative le norme della vendita di beni di consumo, ma fa altresì salvo “*quanto altrimenti disposto dalla direttiva*”, ricadendo in tale ipotesi eccezionale proprio la fattispecie delineata all'art. 7,

fondamento solo nominalistico, in quanto l'applicazione di entrambe le categorie di norme dipende dal medesimo presupposto, ovvero il mancato esercizio dell'autonomia privata che deroghi alla norma.

¹⁰⁴ V. P.M. PUTTI, sub *art. 1519-octies*, cit., p. 78 s., nt. 4; cfr. ID., *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, cit., 2002, p. 352 s.

¹⁰⁵ Cfr. sul punto P.M. PUTTI, sub *art. 1519-octies*, cit., p. 78; ID., *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, cit., p. 352.

¹⁰⁶ Cfr. sul punto P.M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, cit., p. 358; A.M. SINISCALCHI, *Limitazione di responsabilità nella «vendita» dei beni di consumo*, cit., p. 487; ID., sub *art. 134*, cit., p. 1014.

¹⁰⁷ Cfr. F. PADOVINI, sub *art. 1519-octies*, 1° comma, in *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. PATTI, cit., p. 388 s., il quale, sotto la vigenza della direttiva 1999/44/CE, osservava come il mancato rispetto delle disposizioni in tema di conformità al contratto non conducesse alla nullità delle clausole – conseguenza invece collegata dall'ordinamento nazionale al mancato rispetto di disposizioni imperative – ma ben il consumatore potesse, dopo essere venuto a conoscenza del difetto di conformità, rinunciare ai diritti nascenti dalla direttiva, ai sensi dell'art. 7, par. 1.

¹⁰⁸ Così M. NOVELLA, *op. cit.*, p. 20.

par. 5¹⁰⁹, con la quale le parti sono ammesse a derogare ai criteri di conformità del bene al contratto. La derogabilità della disciplina, tuttavia, non è volta, in questo caso, a favorire il consumatore nell'esercizio dei suoi diritti, ma essa ne comporta, di fatto, una limitazione.

La clausola di salvezza prevista all'art. 21, e riprodotta anche in sede di attuazione all'art. 135-*sexies* cod. cons., non era invece prevista all'art. 7, della direttiva 1999/44/CE. Invero, tale ultima disposizione prevedeva, senza alcuna dispensa, l'inderogabilità, in senso sfavorevole al consumatore, delle norme dettate dalla direttiva, ove tale accordo di deroga fosse intervenuto prima che il consumatore portasse a conoscenza il venditore dei difetti del bene¹¹⁰, operando, secondo taluno, una «pesante e profonda limitazione dell'autonomia privata»¹¹¹.

Il rilievo che invece la direttiva (UE) 2019/771 attribuisce all'autonomia privata – autonomia privata che, sotto la vigenza della direttiva del 1999, veniva considerata solo come “residuale”¹¹² –, la quale è ammessa a derogare, in senso sfavorevole al consumatore, alle norme in tema di conformità del bene al contratto, sembra creare una sorta di frizione all'interno del sistema delineato dalla direttiva che, ai sensi dell'art. 21, si afferma

¹⁰⁹ V. G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, cit., p. 247.

¹¹⁰ Secondo l'art. 7, par. 1, della direttiva 1999/44/CE «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».

¹¹¹ Così A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, sub art. 134, in *La vendita dei beni di consumo. Artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, a cura di C.M. BIANCA, cit., p. 351.

La dottrina ha osservato, d'altro canto, come la disposizione di cui all'art. 7 della direttiva 1999/44/CE, ripresa nella sua formulazione anche dall'art. 108 del CESL, trovasse attuazione all'interno di un ordinamento che già regolava i confini della autonomia privata, attraverso una serie di norme, quali l'art. 1229 c.c., che sancisce la nullità di qualsiasi patto volto ad escludere o limitare, in via preventiva, la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave; le disposizioni che dettano la disciplina delle condizioni generali del contratto e delle clausole vessatorie; l'art. 1490, comma 2, che sancisce l'inefficacia dei patti con i quali il venditore esclude o limita la garanzia per vizi, ove questi fossero dallo stesso taciuti in mala fede; nonché l'art. 1487, comma 2, c.c., che prevede la nullità dei patti di esclusione della garanzia per evizione se derivi da fatto proprio del venditore (v. L. DELOGU, *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, in *Contratto e impr. - Europa* 2000, p. 491 s.).

Rispetto alla disciplina dettata dal codice civile in tema di compravendita, tuttavia, si è osservato come la direttiva europea abbia segnato una «inversione di tendenza», in senso restrittivo, in ordine alla libertà negoziale concessa alle parti, che, nel codice civile, come già evidenziato, veniva limitata solo nel caso in cui il venditore avesse in malafede taciuto dei vizi nel bene (così L. DELOGU, *Il carattere imperativo della disciplina*, in *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, a cura di M. BIN – A. LUMINOSO, in *Tratt. Galgano*, Padova, Cedam, 2003, p. 528).

Anche rispetto alla disciplina dettata dalla Convenzione di Vienna del 1980, la direttiva del 1999 di poneva come più limitativa della autonomia privata: la Convenzione, invero, a differenza della direttiva, ammette che le parti possano derogare pattiziamente alla disciplina dalla stessa dettata, ai sensi dell'art. 6 (v. F. PADOVINI, sub art. 1519-octies, 1° comma, cit., p. 385).

¹¹² In tal senso si è espresso F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 581, alla luce della norma attuativa dell'art. 7 della direttiva 1999/44/CE.

caratterizzato dall'imperatività delle sue norme e che si pone come obiettivo la tutela del consumatore. Se invero si ammette la deroga di una parte fondamentale della disciplina, quale la nozione di conformità del bene al contratto, non può ancora sostenersi che la direttiva detti norme di carattere imperativo, né che essa contribuisca, per certi versi, a tutelare il consumatore, che si vedrà privato di taluni diritti previsti dalla direttiva.

La derogabilità, da parte dei contraenti, di una così importante sezione della disciplina della conformità del bene al contratto sembra peraltro in grado di incidere, almeno indirettamente, sull'applicazione uniforme della disciplina consumerista negli Stati membri.

Per vero, l'obiettivo di armonizzazione massima della direttiva (UE) 2019/771 viene frustrato, in via diretta, da molteplici disposizioni. Paradigmatico in tal senso l'art. 4, il quale sancisce che gli Stati membri non possono mantenere o adottare disposizioni differenti da quelle della direttiva, anche ove esse siano volte ad innalzare il livello di protezione del consumatore, esordendo tuttavia con l'espressione «*Salvo altrimenti disposto dalla presente direttiva*». Tale inciso, assente nelle precedenti proposte, lascia aperta la via a talune eccezioni alla regola dettata dall'art. 4, le quali si presentano nei fatti tutt'altro che limitate¹¹³.

Invero, tra i diversi aspetti sui quali il legislatore europeo ammette che i legislatori nazionali intervengano in via discrezionale, si segnala l'art 3, par. 7, secondo il quale gli Stati membri possono, in sede di recepimento della direttiva, introdurre la facoltà, per i consumatori, di azionare un rimedio specifico ove il difetto si sia manifestato in tempi brevi, ovvero entro 30 giorni dalla consegna. La stessa disposizione inoltre precisa come la direttiva non incida sulle norme nazionali generali regolanti contratti con consumatori che prevedano rimedi di carattere specifico per determinati difetti occulti, al momento della conclusione del contratto¹¹⁴.

Inoltre, è altresì previsto che gli Stati membri, in un'ottica di *favor creditoris*, possano aumentare il periodo di responsabilità del professionista fissato dalla direttiva in due anni, ai sensi dell'art. 10, par. 3. Ancora, come già evidenziato, è possibile operare discrezionalmente l'allineamento tra il periodo di responsabilità del professionista e la presunzione di esistenza del difetto al momento della consegna, ai sensi dell'art. 11, par. 2. Anche l'onere di denuncia del difetto da parte del consumatore, da esercitarsi entro due

¹¹³ In tal senso, cfr. F. ADDIS, *op. cit.*, p. 7; F. BERTELLI, *op. cit.*, p. 957 s.

¹¹⁴ Per quanto attiene alle criticità suscitate dall'art. 3, par. 7, in relazione all'obiettivo di armonizzazione massima, v. *supra*, nt. 62.

mesi dalla scoperta del vizio, può essere introdotto discrezionalmente dagli Stati membri, così come previsto all'art. 12.

D'altra parte, vi sono moltissimi altri esempi della tendenza della direttiva a lasciare, negli aspetti anche cruciali della disciplina, piena libertà ai legislatori nazionali (v. art. 3, par. 5; art. 3, par. 6; art. 9; art. 10, par. 6; art. 13, par. 6; art. 13, par. 7; art. 16, par. 3; art. 17, par. 4; art. 19, par. 1; 20)¹¹⁵.

In quest'ottica, la dottrina ha definito l'armonizzazione imposta dalla nuova direttiva come formale¹¹⁶, come "massima" ma "parziale"¹¹⁷, come "massima" ma "selettiva"¹¹⁸ e come una sorta di "fata morgana", in quanto in grado di celare una armonizzazione tipicamente minima¹¹⁹.

Ad ogni modo, la derogabilità della disciplina prevista all'art. 7, par. 5, e, prima ancora, all'art. 21 della direttiva, non può considerarsi elemento incidente direttamente sull'obiettivo di armonizzazione delle legislazioni nazionali, come invece operano le norme appena citate, che lasciano discrezionalità agli Stati membri nel disciplinare un certo aspetto della disciplina consumeristica. Invero, l'ampio spazio attribuito all'autonomia privata non lede direttamente l'obiettivo di armonizzazione della direttiva, che attiene al rapporto tra legislatore europeo e legislatori nazionali, e non al rapporto tra parti contrattuali.

Tuttavia, non si può negare che il carattere imperativo delle norme, oltreché a tutela dei diritti del consumatore, possa considerarsi diretto alla tutela degli interessi generali dell'Unione europea, tra i quali certamente figura anche il coordinamento tra legislazioni nazionali.

¹¹⁵ Per un'analisi in ordine all'effettiva portata della armonizzazione operata dalla direttiva (UE) 2019/771, v. F. ADDIS, *op. cit.*, p. 6 ss.; F. AZZARRI, *Consegna e passaggio del rischio nelle vendite di beni mobili ai consumatori: considerazioni in vista dell'attuazione della direttiva (UE) 2019/771*, cit., p. 1095 ss.; A. BARENGHI, *op. cit.*, p. 808 ss.; S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, cit., p. 217 ss.; ID., *A partire dalla dir. 2019/771 UE: riflessioni sul concetto di armonizzazione massima*, cit., p. 11 ss.; F. BERTELLI, *op. cit.*, p. 953 ss.; cfr. altresì T. M.J. MÖLLERS, *op. cit.*, p. 1166 ss.

In particolare, con riguardo alla disciplina sui termini, v. M. FACCIOLI, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, cit., p. 250 ss.

¹¹⁶ Cfr. F. AZZARRI, *Consegna e passaggio del rischio nelle vendite di beni mobili ai consumatori: considerazioni in vista dell'attuazione della direttiva (UE) 2019/771*, cit., p. 1096, il quale osserva che «il testo attuale è stato, almeno formalmente, confezionato secondo i canoni dell'armonizzazione massima».

¹¹⁷ V. S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, cit., *passim*; ID., *A partire dalla dir. 2019/771 UE: riflessioni sul concetto di armonizzazione massima*, cit., *passim*.

¹¹⁸ Così F. ADDIS, *op. cit.*, p. 7.

¹¹⁹ In questo senso v. T. M.J. MÖLLERS, *op. cit.*, p. 1169.

Tale aspetto è stato già segnalato dai commentatori della direttiva 1999/44/CE, che, nella disamina in ordine alla *ratio* dell'art. 7, hanno evidenziato come l'imperatività delle norme presenta finalità non solo e non tanto volte alla tutela del contraente debole, ma anche e soprattutto superindividuali e legate agli obiettivi generali dell'Unione europea.

Segnatamente, si è affermato che la *ratio* della disposizione che attribuisce carattere imperativo alle norme della direttiva non possa essere relegata alla semplice esigenza di attribuire effettività alla tutela contrattuale del consumatore, così come peraltro sanciva il considerando n. 22 della direttiva del 1999¹²⁰, ma sottesi al carattere imperativo della disciplina si rinvenivano altresì profili di "politica economica generale", che comprendono l'armonizzazione del mercato dell'Unione europea¹²¹. A conferma di tale analisi, si pone, sotto la vigenza della direttiva del 1999, il dettato dell'art. 134 cod. cons., attuativo dell'art. 7, che ha introdotto, in senso analogo all'attuale art. 135-*sexies* cod. cons., una nullità di protezione in relazione all'accordo derogativo della disciplina della conformità del bene al contratto, in senso sfavorevole al consumatore. La rilevabilità d'ufficio, sancita dall'art. 134 cod. cons., ha consentito di interpretare l'interesse sotteso alla norma come rispondente non solo e non tanto ad un interesse individuale del consumatore, ma piuttosto ad un interesse di carattere generale¹²².

¹²⁰ Secondo il considerando n. 22, «*le parti non possono, di comune accordo, limitare o escludere i diritti del consumatore, poiché altrimenti verrebbe meno la tutela giuridica garantita*».

¹²¹ In questo senso v., seppur con riguardo all'art. 1519-*octies* c.c., poi sostituito dall'art. 134 cod. cons., P.M. VECCHI, sub art. 1519-*octies*, *Note introduttive*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., p. 627 s.; cfr. altresì M.G. FALZONE CALVISI, *Garanzie legali della vendita: quale riforma?*, in *Contratto e impr. – Europa 2000*, p. 449, secondo il quale l'«effettiva finalità perseguita» dalla direttiva sia quella di «dare concreta attuazione alla politica di protezione del commercio», «rispetto alla quale la tutela del consumatore risulta meramente strumentale»; P.M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, cit., p. 355, secondo il quale tra gli interessi sottesi al carattere imperativo delle disposizioni della direttiva si rinviene l'esigenza, di carattere superindividuale, di uniformazione delle legislazioni nazionali. Sul punto, cfr. altresì M.A. LIVI, *L'integrazione del contratto*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, II, Padova, Cedam, 1997, p. 661, il quale ha osservato come il carattere imperativo delle disposizioni di diritto europeo, salvo indicazione in senso contrario, debba presumersi poiché «la normativa comunitaria sembra piuttosto orientata ad affermare dei principi fondamentali ed imperativi nell'ambito dei rapporti tra privati, introducendo una regolamentazione uniforme o promuovendo un'armonizzazione della disciplina esistente nei vari Stati membri, disciplina che il legislatore nazionale non potrebbe derogare, né tanto meno potrebbero farlo i privati».

D'altro canto, parte della dottrina ravvisava nel carattere imperativo delle norme della direttiva del 1999 l'obiettivo di tutela del contraente debole, il consumatore, altrimenti suscettibile di vedersi privato dei diritti previsti dalla direttiva. Invero, in assenza della disposizione di cui all'art. 7, la direttiva avrebbe rivestito il ruolo di «mero *flatus vocis*» (così P. PARDOLESI, *La direttiva sulle garanzie nella vendita: ovvero, di buone intenzioni e risultati opachi*, in *R. crit. d. priv.* 2001, p. 457).

¹²² Cfr., seppur in relazione all'abrogato art. 1519-*octies* c.c., P.M. VECCHI, *op. ult. cit.*, p. 628; in senso conforme, v. D. SPAGNOLO, sub art. 1519-*octies*, *Commento al comma 1*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., 651-653.

In aderenza alla tesi appena esposta, si pone quella parte della dottrina che vede nel carattere imperativo della disciplina della vendita consumeristica l'esigenza di garantire che il contratto sia strumento efficiente di allocazione delle risorse e dunque strumento che assicura il corretto funzionamento del mercato, ma che non esclude, allo stesso tempo, una esigenza di tutela del consumatore, inteso tuttavia come categoria, piuttosto che come singolo individuo. Il buon funzionamento del mercato si raggiunge, in quest'ottica, preservando le norme che dettano i criteri di conformità del bene al contratto, nonché quelle relative ai rimedi a fronte di un difetto di conformità¹²³. Pertanto, la "rigidità" della norma che impone l'imperatività delle disposizioni, secondo tale posizione dottrinale, dovrebbe presentarsi come "massima" e anche i patti stipulati successivamente alla comunicazione del difetto al veditore non dovrebbero avere contenuto generale, fino ad escludere l'applicabilità della disciplina per ogni difetto che si potrebbe anche solo astrattamente presentare, ma riguardare un difetto di conformità nello specifico, in una logica di composizione della eventuale controversia¹²⁴.

Che la norma che sancisce l'imperatività della disciplina non tutelasse esclusivamente i diritti del consumatore, almeno nella vigenza della direttiva 1999/44/CE, emerge altresì dal mancato rilievo attribuito alla trattativa individuale delle parti nell'adozione di accordi derogativi della disciplina: tali accordi, ove adottati contestualmente al perfezionamento del contratto, venivano considerati nulli seppur stipulati in condizione di parità effettiva tra i contraenti, ad esempio garantendo al consumatore taluni benefici a fronte di una riduzione dei diritti derivanti dalla direttiva, ovvero seppur proposti su iniziativa del consumatore stesso, a differenza di quanto invece prevede l'art. 34, comma 4, cod. cons., in tema di clausole abusive, il quale esclude la vessatorietà della clausola oggetto di trattativa individuale¹²⁵.

In senso diametralmente opposto, sul presupposto di una comunanza della *ratio* sottesa all'imperatività delle norme dettate in tema di vendita di beni di consumo e

¹²³ In questo senso si è espresso, seppur con riguardo all'abrogato art. 1519-*octies* c.c., D. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 631 ss. e 651 s.

¹²⁴ V. ID., *op. cit.*, p. 638 s.; 665 ss. In ordine alla necessità che i patti stipulati successivamente alla comunicazione del difetto al veditore abbiano riguardo ad un determinato difetto, v. altresì A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, sub *art. 134*, cit., p. 363 s.; cfr. altresì F. PADOVINI, sub *art. 1519-*octies**, 1° *comma*, cit., p. 388.

¹²⁵ V., sul punto, A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 355 s.

Del resto, parte della dottrina ha affermato che, ove la disciplina delle clausole vessatorie prevede la possibilità di escludere la vessatorietà della clausola alla luce di una intervenuta trattativa individuale, viene comunque tutelato il "contratto", come mezzo finalizzato al corretto funzionamento del mercato, e non l'interesse del consumatore, «il quale può ben addossarsi, *dopo averli negoziati col professionista*, obblighi eccessivi, comunque "squilibrati" a fronte dei diritti derivanti dal contratto» (così G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *R. trim. d. proc. civ.* 1998, p. 26).

all'imperatività delle norme dettate in tema di clausole vessatorie, si pone la tesi che afferma che la *ratio* del carattere imperativo delle norme sia da ricercarsi proprio nella condizione di debolezza del consumatore, così come la *ratio* della direttiva in tema di clausole abusive¹²⁶. Secondo tale posizione dottrinale, la disciplina dettata in tema di clausole vessatorie punisce lo squilibrio contrattuale generato dalla violazione della buona fede oggettiva della parte contrattuale che vanta una posizione dominante. Il principio di buona fede, tuttavia, verrebbe rispettato ove lo squilibrio di posizioni giuridiche fosse controbilanciato da un vantaggio economico "sicuro" a favore della parte debole, da questi avvertito come più rispondente ai suoi interessi che quello derivante dalla disciplina delle clausole abusive e della vendita dei beni di consumo, salva pur sempre la doverosità di una trattativa individuale. Poco importa, secondo questa tesi dottrinale, che si presuma in via assoluta la vessatorietà di quelle clausole volte alla limitazione delle azioni del consumatore a favore del professionista in caso di inadempimento, in quanto la *ratio* della disposizione di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), cod. cons. è quella di garantire «l'*equilibrio giuridico* contrattuale», per certo tutelato dall'«accertamento del vantaggio compensativo» e dalla intervenuta trattativa individuale¹²⁷.

Secondo una posizione che può definirsi intermedia, che sembra peraltro quella preferibile, il carattere imperativo delle norme è volto a tutelare, da un lato, il corretto funzionamento del mercato che permette di soddisfare gli interessi di carattere generale sottesi alla direttiva e, dall'altro, l'interesse del consumatore in quanto individuo, interesse che può assumere caratteri differenti nella singola contrattazione. Anche questa commistione di interessi, che solo apparentemente divergono, sembrerebbe confermata dalla nullità di protezione prevista dall'art. 134 cod. cons., ora art. 135-*sexies* cod. cons. Invero, l'obbiettivo generale di tutela del mercato verrebbe soddisfatto attraverso la rilevabilità d'ufficio della nullità, che, purtuttavia, deve avvenire nell'interesse del consumatore. Peraltro, se la rilevabilità d'ufficio della nullità della clausola, adottata in contrasto con la disposizione che sancisce l'imperatività della disciplina, potesse operare anche ove non tutelasse gli interessi di cui, nel caso concreto, è portatore il consumatore, si

¹²⁶ In questo senso v. F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 582 e 584.

¹²⁷ In questo senso v. ID., *op. ult. cit.*, p. 584 ss., seppur con riguardo all'abrogato art. 1469-*quinquies*, comma 2, n. 2, c.c., sostituito dall'art. 36, comma 2, lett. b), cod. cons. Sul punto, v. altresì A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 136, i quali hanno segnalato come, ove l'art. 1469-*quinquies*, comma 2, c.c. fosse stato interpretato nel senso che le ipotesi da esso descritte ammettessero la prova della non vessatorietà attraverso la dimostrazione della mancanza di uno squilibrio contrattuale, per mezzo dell'attribuzione di particolari vantaggi al consumatore, il rapporto tra la norma di cui all'art. 1469-*quinquies*, comma 2, c.c., ora art. 36, comma 2, cod. cons., e l'art. 1519-*octies*, abrogato dall'art. 134 cod. cons., non sarebbe stato un rapporto di specialità, ma di complementarità.

dovrebbe ammettere la totale inutilità della previsione normativa con riguardo alla relatività della legittimazione ad agire¹²⁸.

Dunque, se la *ratio* della disposizione che attribuisce carattere imperativo alle norme della direttiva non è volta solo all'interesse che il singolo consumatore abbia in ordine alla consegna di un bene non difettoso, ma possiede altresì una valenza di carattere generale, che attiene all'obiettivo di buon funzionamento del mercato, obiettivo che certamente dipende anche dal grado di armonizzazione della disciplina della vendita, le parti dovrebbero vedersi private di qualsivoglia libertà contrattuale con riguardo alla determinazione dei criteri di conformità del bene al contratto. Invero, la facoltà di deroga ai requisiti del contratto, da un lato, diminuisce il grado di tutela di cui godrebbe il consumatore e, dall'altro, frustrerebbe, almeno indirettamente, l'obiettivo di applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea. Invero, se i singoli contraenti potessero derogare *in pejus* alla disciplina dettata dalla direttiva, anche con riguardo ad aspetti fondamentali, quali la nozione di conformità del bene al contratto, appare evidente come i contratti che in concreto verrebbero stipulati sarebbero sorretti da una disciplina non corrispondente a quella dettata dalla direttiva e divergente da contratto a contratto.

Se tali sono state le motivazioni del legislatore europeo della direttiva 99/44, sottese all'introduzione dell'art. 7 della direttiva, si ritiene debbano ricondursi altresì al nuovo art. 21, seppur la nuova direttiva si appelli, a contemperare l'imperatività delle norme, all'esigenza di rendere "flessibile" la disciplina. D'altra parte, sembra inevitabile tale frizione ove l'art. 7, par. 5, è volto a tutelare degli interessi di carattere privatistico, quale la libertà negoziale delle parti, mentre il carattere imperativo delle disposizioni sottende invece esigenze di tipo "pubblicistico".

A ben vedere, la composizione tra interessi privatistici e interessi dell'Unione europea è questione non del tutto sconosciuta neppure sotto la vigenza della direttiva 1999/44/CE. Per vero, la dottrina, affrontando il tema del carattere imperativo delle norme della direttiva, ha rilevato come vi fosse una «tensione» tra la «riaffermazione del principio dell'autonomia negoziale» e l'obiettivo di armonizzazione della disciplina, volto a garantire una tutela elevata della parte contrattuale più debole, nonché la libera circolazione dei beni. Finalità queste «non facilmente componibili». Così, è possibile rilevare come generalmente a "perdere" nello scontro tra libertà negoziale e obiettivi

¹²⁸ In questo senso v. A.M. SINISCALCHI, sub *art. 134*, cit., p. 1019 ss. e, in particolare, p. 1021; ID., *Limitazione di responsabilità nella «vendita» dei beni di consumo*, cit., p. 491 ss. e, in particolare, p. 493. Che la rilevanza d'ufficio della nullità di protezione trovi un limite nel pregiudizio che patirebbe in concreto il consumatore viene sostenuto altresì da S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.* 2003, II, p. 302; cfr. altresì C. IURILLI, *Autonomia contrattuale e garanzia nella vendita di beni di consumo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 241-243.

generali dell'Unione fosse l'autonomia privata, la quale finiva talvolta per operare come mero «omaggio politico alla tradizione liberalista» (v. considerando n. 8, dir. 99/44), talaltra come «totale arretramento del legislatore europeo» (v. considerando n. 9)¹²⁹.

D'altra parte, in un tentativo di valorizzazione dell'autonomia privata, taluni autori hanno affermato l'efficacia di quei patti volti a limitare l'operare della presunzione di conformità sancita al precedente art. 129, comma 2, cod. cons., il quale elencava i requisiti presuntivi di conformità del bene al contratto, i quali corrispondono ai c.d. requisiti oggettivi di conformità, nella vigenza della direttiva 2019. Tali requisiti erano considerati suppletivi rispetto a quelli individuati dalle parti contrattuali e, pertanto, derogabili pattiziamente¹³⁰.

D'altra parte, è stato sottolineato come, una tale soluzione, avrebbe condotto all'elusione non solo del dettato della direttiva, ma altresì della disciplina delle clausole abusive. Invero, si è osservato come le clausole dei contratti di vendita di beni di consumo fossero predisposte, nella maggior parte dei casi, unilateralmente dai professionisti, con la conseguenza che, potendo derogare ai requisiti di conformità di cui al comma 2 dell'art. 129 cod. cons., essi sarebbero stati per certo portati a predisporre un testo contrattuale volto a limitare, il più possibile, i requisiti a fronte dei quali potesse dirsi costituito un difetto di conformità¹³¹.

Tali clausole, peraltro, sarebbero andate esenti da un controllo di vessatorietà, ai sensi dell'art. 34, comma 2, cod. cons., in quanto formulate come descrittive dell'oggetto del contratto: esse infatti si sarebbero limitate ad individuare le maglie della prestazione che il professionista sarebbe stato tenuto ad offrire al consumatore. In tal caso, tuttavia, l'effetto dell'operazione di delimitazione dell'oggetto sarebbe sfociato, nella sostanza, nell'esclusione della responsabilità del professionista in relazione a determinati difetti di

¹²⁹ Così L. DELOGU, *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, cit., p. 489 s.

D'altra canto, una parte della dottrina sembrerebbe affermare che il carattere imperativo delle norme della direttiva contribuisca, in realtà, alla tutela dell'autonomia privata: invero, sancendo l'inderogabilità pattizia di una disciplina improntata alla tutela del contraente più debole, si perviene ad «un consapevole esercizio di autonomia privata sostanziale» (così A.M. SINISCALCHI, sub *art. 134*, cit., p. 1013).

¹³⁰ Sul punto v. L. DELOGU, *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., p. 541 s., il quale osserva come appaia all'evidenza e, più precisamente, dai considerando n. 8 e n. 22, della direttiva del 1999, che il legislatore europeo abbia voluto lasciare alle parti contrattuali l'autonomia di determinare i confini della conformità del bene al contratto in senso difforme rispetto ai criteri presuntivi di conformità.

¹³¹ In questo senso v. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 76 s.; A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, sub *art. 134*, cit., p. 360. Cfr. altresì L. DELOGU, *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., p. 543 ss., il quale osserva come il consumatore non sia, tra le parti contrattuali, il titolare del maggior potere contrattuale e, di conseguenza, lo spazio lasciato all'autonomia privata comporti, in questo caso, una compromissione della tutela del consumatore.

conformità, senza tuttavia che il consumatore potesse trovare tutela nella disciplina sulle clausole abusive¹³².

Dunque, alla luce delle considerazioni suesposte, parte della dottrina ha fatto rientrare nell'ambito di applicazione della disposizione di cui all'art. 134 cod. cons. anche quei patti, contestuali alla vendita, con i quali venissero derogati i requisiti presuntivi di conformità del bene al contratto, oltre agli accordi con cui si prevedesse una "presunzione di conoscenza"¹³³ del difetto da parte del consumatore, nonché si limitasse l'operatività dei rimedi concessi dalla direttiva¹³⁴.

In base al dibattito sorto sotto la vigenza della direttiva 1999/44/CE, emerge come l'art. 7, par. 5, della direttiva (UE) 2019/771, ammettendo ora espressamente l'efficacia dei patti, contestuali alla vendita, di deroga ai requisiti oggettivi di conformità, porti con sé il rischio, appena richiamato, di una lesione non solo alla tutela del consumatore, ma anche all'effettività della disciplina dettata in tema di clausole vessatorie.

Tuttavia, la compressione della tutela del contraente debole appare giustificata, secondo quanto emerge dal dettato della direttiva, dall'obbiettivo di flessibilità delle norme, citato in diversi considerando della nuova direttiva¹³⁵, destinato alla tutela di

¹³² V., in tal senso, G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 77 s.; A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, sub art. 134, cit., p. 360 s., secondo i quali tuttavia la volontà del legislatore europeo non doveva ricondursi alla soppressione totale dell'autonomia privata: le parti avevano facoltà di addivenire ad un accordo a contenuto positivo, ovvero che specificasse le caratteristiche e qualità del bene. Diversamente, i criteri di conformità delineati dall'art. 129, comma 2, cod. cons. non avrebbero potuto dirsi "presuntivi", ma avrebbero dovuto qualificarsi come imperativi, in contrasto con l'obbiettivo del legislatore europeo.

La dottrina ha evidenziato come il carattere imperativo delle norme della direttiva 99/44 non impedisse solo i patti che diminuivano o escludevano in via diretta i diritti conferiti al consumatore, ma altresì quelli che giungevano al medesimo risultato in via indiretta. Tra questi ultimi, sono stati segnalati proprio quegli accordi che determinavano le caratteristiche e qualità dal bene in modo da escludere l'applicazione delle regole presuntive, poiché queste, lungi dall'essere solo regole suppletive, dettavano i criteri minimi di conformità del bene al contratto, che non potevano pertanto essere derogati *in pejus* dalle parti (in questo senso, v. V. BARBA, *L'obbligo di consegnare beni conformi al contratto*, in *Aspetti della vendita dei beni di consumo*, a cura di F. ADDIS, Milano, Giuffrè, 2003, p. 107, nt. 40).

Sul punto, cfr. altresì L. DELOGU, *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., p. 543 s., 546 s., il quale osserva come appare evidente che, ove le parti riducessero pattiziamente le qualità e le caratteristiche del bene, rispetto a quelle che il consumatore poteva ragionevolmente attendersi, fosse configurabile una limitazione della responsabilità del professionista; cfr. altresì A.M. SINISCALCHI, *Limitazione di responsabilità nella «vendita» dei beni di consumo*, cit., p. 488; ID., sub art. 134, cit., p. 1015.

¹³³ V. in tal senso il considerando n. 22 della direttiva del 1999, secondo il quale «*le parti non possono, di comune accordo, limitare o escludere i diritti del consumatore, poiché altrimenti verrebbe meno la tutela giuridica garantita*» e «*questo principio dovrebbe applicarsi anche a clausole che presumono che il consumatore era a conoscenza di tutti i difetti di conformità dei beni di consumo esistenti al momento della conclusione del contratto*».

¹³⁴ In tal senso, v. F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 581 s. e nt. 1.

¹³⁵ V. i considerando n. 24, 36 e 41.

interessi privatistici, quali la libertà contrattuale¹³⁶. D'altra parte, l'imperatività delle norme tutela, come già evidenziato, non solo l'interesse del consumatore, ma altresì interessi di carattere generale, come il buon funzionamento del mercato, raggiungibile anche attraverso l'armonizzazione del diritto dell'Unione europea, che, proprio la nuova direttiva prevede come obiettivo primario, alla luce del carattere attribuito all'operazione di armonizzazione.

Nella direttiva (UE) 2019/771, tuttavia, il tradizionale "scontro" tra interessi di carattere privato e interessi generali dell'Unione sembra essere vinto dai primi e in particolare dall'esigenza primaria di tutelare della libertà negoziale, la quale è valorizzata a tal punto da ammettere la deroga ai requisiti oggettivi di conformità: ciò comporta la inevitabile compressione non solo della tutela del consumatore, che, per quanto chiamato alla contrattazione, non possiede la medesima forza contrattuale del professionista, né le informazioni necessarie alla conclusione consapevole del contratto di deroga¹³⁷, ma anche, seppur in senso lato, della finalità di applicazione uniforme della direttiva.

3.2. *Un sistema normativo (in)coerente. L'inderogabilità pattizia prevista dalla Direttiva (UE) 2011/83*

La direttiva (UE) 2019/771, in diversi considerando, richiama la direttiva (UE) 2011/83¹³⁸, adottata dal Parlamento europeo e del Consiglio, il 25 ottobre 2011, e attuata in Italia con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, che ha modificato le disposizioni di cui gli artt. 45-67 del codice del consumo¹³⁹.

¹³⁶ Cfr. M. NOVELLA, *op. cit.*, p. 7, il quale, seppur con riguardo alla disciplina laburistica, sottolinea una tendenza alla valorizzazione dell'autonomia privata al fine di contemperare interessi divergenti da quelli normalmente tutelati dalla norma inderogabile di diritto del lavoro. Tra questi vengono evidenziati l'esigenza di certezza nei rapporti giuridici, di definizione di quelli pendenti e di deflazione del carico giudiziario. Tale considerazione può essere riproposta nell'ambito della vendita di beni di consumo: l'obiettivo di applicazione uniforme della disciplina e di protezione del consumatore, tutelato dal carattere imperativo della direttiva, viene a porsi in contrasto con l'obiettivo di certezza dei rapporti giuridici, tutelato attraverso la valorizzazione della libertà negoziale.

¹³⁷ Con riguardo all'asimmetria informativa tra professionista e consumatore, v. D. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 633 ss.

¹³⁸ G.U.U.E. L 304/64 del 22 novembre 2011.

¹³⁹ Tra i commentatori della direttiva 2011/83/UE, v. S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e dir. priv.* 2011, p. 861 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto 2011*, diretto da A. D'ANGELO – V. ROPPO, Torino, Giappichelli, 2012, p. 30 ss.; E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e « nuovi » diritti*, in *Europa e dir. priv.* 2014, p. 927 ss.; V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.* 2014, p. 745 ss.; F. SCAVONE, *Le modifiche apportate al Codice del consumo a seguito del recepimento della direttiva 2011/83/UE*, in *Contratto e impr. – Europa* 2014, p. 467

Segnatamente, la nuova direttiva richiama la direttiva del 2011 come parte integrante della disciplina dettata in tema di conformità, così come enunciato dal considerando n. 11¹⁴⁰, alla luce del fatto che le direttive, entrambe di armonizzazione massima¹⁴¹, possono ritenersi complementari, in quanto, nello stesso settore dei contratti del consumatore¹⁴², regolano fattispecie differenti.

In particolare, la direttiva (UE) 2011/83 disciplina l'aspetto degli obblighi di informativa contrattuale¹⁴³, del diritto di recesso nei contratti a distanza e nei contratti

ss.; S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, cit., p. 796 ss.; T. FEBBRAJO, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, in *Contratto e impr.* – Europa 2015, p. 479 ss.

V. altresì C.A. GIUSTI, *op. cit.*, p. 1750-1752, il quale riporta l'iter legislativo che ha condotto all'adozione della direttiva 2011/83/CE, sottolineando come la direttiva sia frutto del ridimensionamento del progetto europeo avviato con la proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio COM (2008) 614, che si proponeva di accorpate in un unico testo normativo la direttiva 577/1985/CEE, relativa ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, la direttiva 13/1993/CE, concernente la disciplina delle clausole abusive, la direttiva 7/1997, che disciplinava i contratti a distanza e la direttiva 1999/44/CE, relativa alla vendita dei beni di consumo.

¹⁴⁰ Secondo il considerando n. 11 della direttiva (UE) 2019/771, «*La presente direttiva integra la direttiva 2011/83/UE*».

¹⁴¹ Che la direttiva 2011/83/UE configuri una direttiva di armonizzazione massima è ricavabile dall'art. 4 della direttiva stessa, secondo il quale «*Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso*».

L'armonizzazione massima operata dalla direttiva è preannunciata anche dai considerando della direttiva stessa. Secondo l'ultima parte del considerando n. 2, invero, «*La presente direttiva dovrebbe pertanto stabilire norme standard per gli aspetti comuni dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali distanziandosi dall'approccio di armonizzazione minima di cui alle precedenti direttive e consentendo, al contempo, agli Stati membri di mantenere o adottare norme nazionali relative a taluni aspetti*», mentre, secondo il considerando n. 7, «*L'armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave dovrebbe aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti*».

Tuttavia, in sede di attuazione della direttiva, è stata adottata, all'art. 67 cod. cons., una norma, che, ricordando nella sua formulazione l'art. 135 cod. cons., attuativo dell'art. 8 della direttiva del 1999, sembra potersi ammettere solo a fronte di una direttiva di armonizzazione minima. Secondo l'art. 67 cod. cons., invero, «*Le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico di fonte comunitaria o adottate in conformità a norme comunitarie.*

Per quanto non previsto dalle Sezioni da I a IV del presente Capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti.

Ai contratti di cui alla sezione III del presente Capo si applicano altresì le disposizioni di cui agli articoli 18, 19 e 20 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e successive modificazioni, recante riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59».

¹⁴² Invero, ai sensi del par. 1, dell'art. 3, della direttiva 2011/83/UE, attuato all'art. 46, comma 1, cod. cons., «*La presente direttiva si applica, alle condizioni e nella misura stabilita nelle sue disposizioni, a qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore*».

¹⁴³ Il capo II della direttiva, che si compone di un unico articolo (art. 5), attuato all'art. 48, cod. cons., è dedicato agli obblighi informativi del professionista verso il consumatore ove sia stato stipulato un contratto

negoziati fuori dai locali commerciali¹⁴⁴, nonché detta la nozione di consegna del bene¹⁴⁵ e definisce il momento del passaggio del rischio¹⁴⁶; mentre la direttiva (UE) 2019/771, attiene alla disciplina della conformità del bene al contratto, dettando una nozione di conformità, i rimedi in caso di difformità e le modalità di esercizio degli stessi¹⁴⁷.

Dunque, il considerando n. 26 della direttiva (UE) 771/2019 sancisce che *«I requisiti nel contratto di vendita dovrebbero includere quelli derivanti dalle informazioni precontrattuali che, conformemente alla direttiva 2011/83/UE, sono parte integrante del contratto di vendita»*. Inoltre, dopo aver precisato che la direttiva in tema di vendita non si occupa di disciplinare la nozione di consegna del bene venduto e che questo aspetto è regolato dal diritto nazionale¹⁴⁸, con riguardo, in particolare, alle modalità con cui deve ritenersi adempiuta la relativa obbligazione del venditore, viene altresì evidenziato dal considerando n. 38 che *«i riferimenti al momento della consegna nella presente direttiva dovrebbero fare salve le norme relative al passaggio del rischio previste dalla direttiva 2011/83/UE e recepite di conseguenza nel diritto degli Stati membri»*.

Se la volontà del legislatore europeo è la creazione di un sistema normativo uniforme a tutti gli Stati membri, al quale contribuiscono sia la direttiva del 2019 che quella del 2011, che è chiamata ad integrare la prima, tale intento è destinato a scontrarsi con l'incompatibilità dei due testi normativi, quantomeno sotto l'aspetto, di non scarsa rilevanza, della imperatività della disciplina.

L'art. 25 della direttiva 2011/83/UE, attuato dall'art. 66-ter cod. cons., esprime il carattere imperativo della disciplina, non ammettendo alcuna deroga pattizia alle

diverso dai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali. L'art. 6, del capo III della direttiva, attuato all'art. 49, cod. cons., invece, regola gli obblighi informativi nei contratti stipulati a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali.

¹⁴⁴ Sul punto, v. gli artt. da 9 a 16 della direttiva, che trovano attuazione agli artt. da 52 a 59 cod. cons. Sul punto, v. altresì i considerando n. 5, 9, 19, 37, 40, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50.

¹⁴⁵ L'art. 18, par. 1, della direttiva, attuato all'art. 61 cod. cons., sancisce che *«Salvo che le parti abbiano concordato altrimenti in merito al termine di consegna, il professionista consegna i beni mediante il trasferimento del possesso o del controllo fisico dei beni al consumatore senza indebito ritardo e comunque non oltre trenta giorni dalla conclusione del contratto»*. In ordine alla nozione di consegna introdotta dalla direttiva 2011/83/UE, v. S. CHERTI, *La disciplina della consegna nelle vendite ai consumatori*, in *G. it.* 2014, p. 2628-2630.

¹⁴⁶ Secondo l'art. 20, della direttiva, attuato dall'art. 63 cod. cons., *«Nei contratti in cui il professionista spedisce i beni al consumatore, il rischio di perdita o danneggiamento dei beni è trasferito al consumatore quando quest'ultimo, o un terzo da lui designato e diverso dal vettore, acquisisce il possesso fisico dei beni. Tuttavia, il rischio è trasferito al consumatore al momento della consegna al vettore, se il consumatore ha incaricato il vettore del trasporto dei beni e il vettore scelto non è stato proposto dal professionista, fatti salvi i diritti del consumatore nei confronti del vettore»* (v. altresì l'art. 63 cod. cons.).

¹⁴⁷ Sul punto, v. i considerando n. 6 e 11 della direttiva (UE) 2019/771.

¹⁴⁸ Come già segnalato, il nuovo art. 133 del codice del consumo fa coincidere il momento della rilevanza dei difetti di conformità con la consegna del bene, così come descritta all'art. 61 del codice del consumo. Sul punto, v. *supra*, nt. 53.

disposizioni dettate dalla direttiva e attuate dal codice del consumo. Invero, secondo il paragrafo 1 della norma appena richiamata «*Se il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro, i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle misure nazionali di recepimento della presente direttiva*»; mentre il secondo paragrafo sancisce che «*Eventuali clausole contrattuali che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla presente direttiva, non vincolano il consumatore*»¹⁴⁹.

Dal dato letterale e, in particolare, dal par. 2 dell'art. 25, emerge una profonda differenza rispetto all'art. 21, par. 1, della direttiva (UE) 771/2019, che ammette invece patti derogativi della disciplina e sembra operare una distinzione tra patti intervenuti prima della comunicazione del difetto al venditore, da parte del compratore, e i patti intervenuti successivamente a tale comunicazione, corrispondente, verosimilmente, al momento in cui il consumatore, dopo la stipula del contratto, riceve il bene e scopre il difetto. Nel primo caso, i patti sono validi ove attengano ai requisiti oggettivi di conformità e siano adottati in conformità a quanto prescrive l'art. 7, par. 5; nel secondo caso, invece, i patti sono sempre ammessi, in quanto il venditore ha avuto comunicazione del difetto.

Evidente dunque appare il diverso “grado” di imperatività delle disposizioni delle due direttive: la direttiva del 2011 richiede una imperatività “massima”, che non ammette mai deroghe della disciplina in senso sfavorevole al consumatore¹⁵⁰; mentre la direttiva del 2019, in forza del rilievo attribuito all'autonomia privata, impone una imperatività “minima”, poiché la disciplina della conformità del bene al contratto può essere derogata, anche prima di una denuncia del difetto da parte del consumatore, in senso sfavorevole a quest'ultimo.

Tale aspetto di divergenza per vero era già stato colto dal Nucleo di valutazione degli atti UE, nella sua relazione del 13 dicembre 2017, con riguardo all'art. 18 della proposta di direttiva del 2017. La relazione, nell'analizzare la norma citata, che è stata

¹⁴⁹ Sul punto, v. il considerando n. 58 della direttiva 2011/83/UE, secondo il quale «*Il consumatore non può rinunciare ai diritti conferitigli a norma della presente direttiva. Se la legge applicabile a un contratto è quella di un paese terzo, dovrebbe essere applicato il regolamento (CE) n. 593/2008 al fine di determinare se il consumatore mantiene la protezione concessa dalla presente direttiva*».

¹⁵⁰ Una parte della dottrina segnala, tuttavia, come la disposizione di cui all'art. 66-ter cod. cons., attuativa dell'art. 25 della direttiva 2011/83/UE, limitandosi a sancire, al comma 2, la non vincolatività di patti che limitano o escludono i diritti del consumatore, lascia aperta la possibilità che tali accordi siano produttivi di effetti ove abbiano riguardo ad una vicenda non preventiva, ovvero abbiano carattere transattivo (v. S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, cit., p. 798; ID., *Il codice del consumo riformato tra equivoci e concettualismi (variazioni sul passaggio del rischio ed a margine dell'art. 66-Ter)*, in *Europa e dir. priv.* 2015, p. 801, il quale sostiene che la soluzione al quesito sia dipendente dal grado di disponibilità che si voglia riconoscere ai diritti regolati dalla direttiva).

riprodotta, senza variazioni sostanziali, all'art. 21 della direttiva del 2019, afferma che il legislatore ha operato «la scelta di abbandonare il carattere imperativo alle norme sulla *conformity*». Il meccanismo di deroga dei requisiti oggettivi di conformità da parte dell'autonomia privata, secondo il Nucleo di valutazione, «si traduce in un vero arretramento rispetto all'assetto precedente, risultando peraltro incoerente rispetto all'inderogabilità pattizia di altri diritti del consumatore (quelli previsti dalla direttiva 2011/83 [...])»¹⁵¹.

D'altro canto, la *ratio* dell'art. 25 della direttiva (UE) 2011/83 e la *ratio* dell'art. 21 della direttiva (UE) 2019/771 non possono che essere coincidenti.

Invero, è stato osservato con riguardo all'art. 66-ter cod. cons. che esso svolge la funzione che, nel diritto nazionale, è assegnata all'art. 1229, comma 1, c.c., il quale sancisce la nullità di ogni patto volto ad escludere o limitare preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave¹⁵². La norma, secondo parte della dottrina, formalizza un principio di ordine pubblico, relativo all'irrinunciabilità dei diritti che al consumatore sono attribuiti dalla direttiva¹⁵³. Il motivo del carattere imperativo della disciplina viene ravvisato in ragioni di carattere generale, coincidenti con la *ratio* della direttiva stessa, ovvero assicurare il buon funzionamento del mercato interno tra imprese e consumatori, preservando l'equilibrio tra tutela dei consumatori e interessi delle imprese¹⁵⁴.

Dal confronto con la *ratio* dell'art. 21 della direttiva (UE) 771/2019, emerge la sovrapposibilità delle ragioni sottese all'imperatività della disciplina delle due direttive. Anche la direttiva del 2019, invero, mira a garantire il buon funzionamento del mercato interno, tutelando altresì l'interesse del consumatore, attraverso il quale si opera il raggiungimento degli obiettivi, di carattere pur sempre generale, della disciplina.

Pur a fronte di *ratio* compatibili, l'imperatività delle due discipline si atteggia in modo differenziato, alla luce del diverso ruolo attribuito all'autonomia privata.

A ben vedere, non mancano ipotesi di deroga contrattuale alla disciplina prevista dalla direttiva (UE) 2011/83, che tuttavia si atteggiano come deroghe che non incidono sulla disciplina sostanziale. Parte della dottrina ha sottolineato come all'interno del testo della direttiva da ultimo citata sia ravvisabile, in realtà, un difetto di coordinamento tra la norma che esclude la vincolatività di patti derogativi e altre disposizioni che ammettono la

¹⁵¹ V. p. 6 della relazione del Nucleo di valutazione degli atti UE del 13 dicembre 2017.

¹⁵² Sul punto, v. F. LONGOBUCCO, sub art. 66-ter, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, Giuffrè, 2019, p. 583.

¹⁵³ In questo senso, v. S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, cit., p. 797.

¹⁵⁴ In questo senso v. E. BATTELLI, *op. cit.*, p. 935.

deroga ai diritti dei consumatori ad opera delle parti contrattuali¹⁵⁵. Tra queste norme, viene segnalato l'art. 50, comma 4, lett. a), cod. cons., dettato con riguardo ai contratti stipulati fuori dai locali commerciali. La disposizione consente il rilascio di determinate informazioni che il professionista ha l'obbligo di fornire al consumatore anche in un formato durevole, diverso da quello cartaceo, o oralmente, se il consumatore vi abbia acconsentito e, per talune informazioni, vi abbia espressamente acconsentito. Inoltre, anche l'art. 51, comma 6, ultimo periodo, cod. cons. ammette la possibilità che la proposta e l'accettazione del contratto a distanza concluso per telefono possano avvenire su supporto durevole, sempreché il consumatore vi consenta. Infine, l'art. 61, comma 1, cod. cons. ammette una deroga in ordine al termine di adempimento dell'obbligazione di consegna del bene, che deve avvenire secondo la direttiva senza ritardo ingiustificato ed entro il limite massimo di giorni trenta. Questa deroga può condurre ad un vantaggio per il consumatore, ove venisse diminuito il termine di trenta giorni stabilito dalla norma, o per il venditore, ove venisse stabilito un termine maggiore di trenta giorni.

Tuttavia, a ben vedere, si tratta di deroghe che non incidono sui diritti del consumatore, ma specificano le modalità con cui egli può esercitarli. Il legislatore europeo, ove ammette le deroghe pattizie nella direttiva del 2011, opera in quei campi in cui non sussiste un vero e proprio rischio che l'intervento del professionista possa incidere sugli obblighi a lui imposti dalla direttiva, sfruttando le sue conoscenze tecniche e il suo potere contrattuale, ma concede al consumatore un'alternativa a quanto previsto dalla direttiva, in ordine alle sole modalità di esecuzione dell'obbligazione del professionista.

Diversa la prospettiva del legislatore del 2019, che, ammettendo la deroga ai requisiti oggettivi di conformità, consente alle parti di incidere nei diritti del consumatore.

In tal sede, è d'uopo tuttavia evidenziare come, il già citato art. 59, lett. a) e lett. o), cod. cons., attuativo dell'art. 16, lett. a) e lett. m), della direttiva 83/2011/UE, preveda delle deroghe che incidono su un diritto attribuito dalla direttiva al consumatore, ovvero il diritto di recesso. In tali ipotesi, ove venga stipulato un contratto di servizi e venga eseguita interamente la prestazione ad opera del professionista, iniziata con accordo espresso del consumatore, quest'ultimo non potrà esercitare il diritto di recesso, sempreché abbia accettato la perdita di tale diritto (lett. a). Lo stesso vale nell'ipotesi di fornitura di contenuto digitale mediante supporto non materiale (lett. o).

¹⁵⁵ V. in questo senso S. PAGLIANTINI, *Il codice del consumo riformato tra equivoci e concettualismi (variazioni sul passaggio del rischio ed a margine dell'art. 66-Ter)*, cit., p. 795 s.

Tuttavia, come già segnalato, la *ratio* di tale deroga è stata ravvisata dalla dottrina nella peculiarità del contratto stipulato¹⁵⁶: la rinuncia al diritto di recesso nei contratti di servizi sarebbe invero concessa al fine, più che di tutela dell'autonomia privata delle parti, di evitare squilibri contrattuali, ovvero che il professionista, dopo aver eseguito la prestazione, subisca il recesso da parte del consumatore. In questo caso, invero, il professionista non potrebbe ottenere la restituzione del servizio ormai reso, ma si dovrebbe accontentare di un ristoro da parte del consumatore, che non soddisfa generalmente lo sforzo reso dal professionista nell'esecuzione del servizio. In altri termini, l'art. 59, lett. a) e lett. o) esprimerebbe un rimedio preventivo alla eventualità che il professionista impieghi risorse e tempo per l'esercizio di una prestazione, la cui esecuzione viene peraltro richiesta dal consumatore, a fronte di un contratto rispetto al quale controparte eserciti poi il recesso, assumendo in tal caso una condotta contraria al principio di buona fede.

Da tali considerazioni, emerge come, all'interno delle discipline dettate dalle direttive (UE) 83/2011 e (UE) 771/2019, la rilevanza attribuita all'autonomia privata si atteggi in via differenziata, rendendo difficile un vero e proprio coordinamento tra le normative.

3.3. La natura giuridica dei patti di deroga ai requisiti oggettivi di conformità: clausole limitative della responsabilità del professionista o determinative dell'oggetto del contratto?

L'introduzione della facoltà di stipulare un accordo che deroghi ai requisiti di conformità al contratto e dunque limiti, nei fatti, le ipotesi in cui a fronte di un difetto di conformità il consumatore possa avvalersi dei rimedi attribuiti dalla direttiva, apre alla questione inerente alla qualificazione della natura del patto, quale accordo volto alla descrizione dell'oggetto del contratto oppure accordo limitativo della responsabilità del professionista¹⁵⁷, con la conseguente applicazione, in questo secondo caso, della disciplina dettata in tema di clausole vessatorie dalla direttiva 1993/13/CEE.

La qualificazione nell'uno o nell'altro senso dipende, evidentemente, dalla prospettiva di osservazione degli effetti prodotti dall'accordo di deroga¹⁵⁸. Non si può

¹⁵⁶ V. *supra*, nt. 97 e 98.

¹⁵⁷ In ordine ai labili confini tra il patto descrittivo dell'oggetto del contratto e il patto limitativo della responsabilità del debitore v. *supra*, nt. 23.

¹⁵⁸ Secondo M. CASOLA, *op. cit.*, p. 128, ai fini della qualificazione di clausola come determinativa dell'oggetto o come limitativa della responsabilità, nell'ambito del rapporto assicurativo, si impone la necessità di operare, in concreto, una «indagine attenta alla qualità degli effetti finali praticamente ricollegabili alla fattispecie».

dubitare che esso contribuisca a delimitare i contorni della prestazione che il professionista è tenuto a fornire al consumatore: in quest'ottica, l'accordo di deroga ai requisiti di conformità può qualificarsi come accordo volto a descrivere l'oggetto del contratto e, pertanto, andare esente da ogni sindacato di vessatorietà. D'altro canto, ove l'accento venisse posto sugli effetti che in concreto l'accordo di deroga produce in relazione ai diritti del consumatore, non potrebbe dubitarsi che, attraverso la delimitazione dei confini della nozione di conformità del bene al contratto, vengano ridotte le ipotesi nelle quali il consumatore possa esercitare i diritti conferiti dalla direttiva e venga limitata la responsabilità del professionista per difetto di conformità: in quest'ottica, l'accordo di deroga sembrerebbe potersi assimilare a quelle clausole che, incidenti sulla responsabilità del professionista, sono soggette al vaglio di vessatorietà.

Appare dunque evidente che la qualificazione dei patti di deroga, di cui all'art. 7, par. 5, come accordi di determinazione dell'oggetto contrattuale o in accordi che limitano la responsabilità del professionista non sia solo un'operazione descrittiva o teorica, ma presenti rilevanti ricadute pratiche, che attengono all'applicabilità o meno della disciplina in tema di clausole vessatorie.

Si poteva già osservare in relazione all'art. 99, par. 3, Allegato I, del CESL come le prescrizioni dettate dalla norma, quali conoscenza specifica del difetto ed accettazione della deroga, volte a garantire la piena consapevolezza del consumatore in ordine alla deroga dai requisiti presuntivi di conformità, condividesse con la disciplina dettata in tema di clausole vessatorie l'obiettivo di tutela dei diritti del consumatore.

Analoghe considerazioni, a maggior ragione, valgono per le prescrizioni ben più stringenti dettate dall'art. 7, par. 5, nonché dall'art. 130, comma 4, cod. cons., che, come già rilevato, non introduce alcuna variazione alla disposizione della direttiva: secondo tale disposizione, invero, ai fini di concludere una pattuizione valida ed efficace, il consumatore deve essere stato specificamente informato del difetto e deve avere accettato espressamente e separatamente dal resto del contratto la clausola derogatoria dei criteri oggettivi di conformità del bene al contratto¹⁵⁹.

Dunque, come per l'art. 99, par. 3, CESL, anche queste accortezze introdotte dal legislatore europeo a tutela del consumatore sembrano richiamare la *ratio* sottesa alla disciplina delle clausole vessatorie, a partire da quella dettata dal codice civile.

¹⁵⁹ Sotto questo profilo, parte della dottrina ha rilevato come, attraverso la facoltà concessa alle parti dall'art. 7, par. 5, la direttiva punti a valorizzare anche la «consapevolezza effettiva e responsabile del consumatore» (così S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, cit., p. 220, nt. 36; ID., *A partire dalla dir. 2019/771 UE: riflessioni sul concetto di armonizzazione massima*, cit., p. 20, nt. 30).

Segnatamente, l'art. 1341, comma 2, c.c., applicabile ai contratti di massa, nel regolare l'efficacia delle condizioni generali del contratto di carattere abusivo, tra le quali si annoverano le clausole di limitazione di responsabilità di colui a favore del quale vengono predisposte, sancisce che esse «*In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificatamente approvate per iscritto*»¹⁶⁰.

Nel settore dei contratti del consumatore, a fronte di una clausola abusiva, trova applicazione la direttiva 1993/13/CEE¹⁶¹, attuata agli artt. 33-38 del codice del consumo¹⁶². Per vero, rispetto alla disciplina dettata dal codice civile, la tutela del compratore viene fornita, dal diritto di matrice europea, non tanto sulla base di talune prescrizioni che il venditore è tenuto ad osservare, quanto piuttosto sulla base di una valutazione in concreto della clausola operata dal giudice circa il significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto, superabile attraverso la dimostrazione di una intervenuta trattativa individuale, ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. cons.

In quest'ottica, è stato osservato come le disposizioni dettate dal codice civile (artt. 1341 e 1342 c.c.), invero, delineino un sistema a «tutela meramente formale» del contraente che è destinatario delle condizioni generali del contratto, volto a tutelare la conoscibilità delle clausole che vengono predisposte in via unilaterale dal contraente “più forte”, attraverso la sottoscrizione specifica della clausola vessatoria¹⁶³. Viceversa, il sistema elaborato dalla direttiva europea, e trasfuso nel codice del consumo, si basa su una

¹⁶⁰ La disposizione di cui all'art. 1341, comma 2, c.c. qualifica come vessatorie anche le clausole che stabiliscono un diritto di recesso o una facoltà di sospensione dell'esecuzione del contratto a favore del predisponente, ovvero che introducono decadenze a carico dell'altro contraente o limitano la sua facoltà di opporre eccezioni o la libertà di contrarre con terzi, nonché prevedono la proroga o la rinnovazione tacita del contratto. Infine, vengono considerate vessatorie anche le clausole compromissorie o di deroga alla competenza giudiziaria.

¹⁶¹ G.U. N. L 95/29, del 21 aprile 1993. La direttiva 1993/13/CEE ha richiesto dei tempi molto lunghi per la sua adozione, a causa del complesso procedimento di armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di clausole vessatorie, sviluppatosi negli ordinamenti degli Stati membri a partire dalla seconda metà degli anni '70 (v. L. PATRONI GRIFFI, *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori (direttiva 93/13 C.E.)*, in *Rass. d. civ.* 1995, p. 354).

¹⁶² Con tali disposizioni del codice del consumo vengono sostituiti gli artt. 1469-bis/1469-sexies ss. del codice civile, attraverso i quali, in una prima fase, era stata attuata la direttiva 1993/13/CEE, ai sensi dell'art. 25 della legge di attuazione del 6 febbraio 1996, n. 52.

Per un approfondimento in ordine al processo di recepimento nel codice civile della direttiva, v. E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, ESI, 1999, p. 9 ss.

¹⁶³ In questo senso, v. L. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 348; cfr. altresì J. BOZZOLI, *Le clausole riproduttive di disposizioni di leggi nell'ambito delle clausole vessatorie*, in *giustiziacivile.com*, 13 agosto 2019, p. 5, nt. 5.

Per vero, la *ratio* delle prescrizioni imposte dall'art. 1341 c.c. è ravvisata da parte della dottrina non tanto nella necessità di rendere conoscibile il contenuto contrattuale alla parte aderente, quanto più di tutelare quest'ultima dalla prevaricazione operata dal predisponente, nella composizione degli interessi contrattuali (v. L. FRANCARIO, voce *Clausole vessatorie*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma 1988, p. 2 s.)

tutela di tipo sostanziale¹⁶⁴, in quanto ha riguardo non alla forma in cui è redatta la clausola o viene approvata, ma al suo contenuto, al fine di rilevare, nel caso concreto, la sussistenza di un significativo squilibrio tra diritti e obblighi derivanti dal contratto, a prescindere dalla buona fede della parte avvantaggiata dalla clausola¹⁶⁵. Invero, l'elenco di cui all'art. 33, comma 2, cod. cons. delle clausole che si presumono abusive si ritiene un elenco non tassativo, in quanto ben possono sussistere clausole che, seppur non ricomprese nel comma 2 della disposizione citata, in concreto, cagionino il significativo squilibrio tra diritti e obblighi, ai sensi del comma 1 dell'art. 33 cod. cons.¹⁶⁶. Peraltro, la disciplina dettata dalla direttiva è destinata ad applicarsi altresì al di fuori dei contratti di massa, potendosi applicare anche ad un contratto rivolto ad un determinato consumatore, purché predisposto unilateralmente dal professionista¹⁶⁷.

Da tali brevi considerazioni, emerge una profonda differenza tra il sistema elaborato a livello nazionale e quello elaborato a livello comunitario per osteggiare il fenomeno delle clausole abusive. In entrambi i modelli, tuttavia, emerge, quale elemento che esclude il carattere vessatorio della clausola, l'effettiva consapevolezza del compratore circa il contenuto della clausola e la sua apposizione al contratto. Nel codice civile tale risultato si ottiene attraverso la specifica sottoscrizione per iscritto della clausola; nel codice del consumo, invece, si ricava dalla intervenuta trattativa individuale.

Allo stesso modo, laddove l'art. 7, par. 5, della direttiva sulla vendita di beni impone la specifica informazione del consumatore e la sua accettazione espressa e separata circa la deroga dei criteri di conformità sembra proprio mirare a garantire al consumatore una piena consapevolezza della clausola, quasi a definire le modalità con le quali deve intervenire la trattativa individuale. E la prescrizione di una trattativa individuale, in ordine

¹⁶⁴ In questo senso, v. J. BOZZOLI, *op. cit.*, p. 5; V. RIZZO, *La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, in *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, ESI, 2013, p. 43 s.; cfr. altresì E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, cit., p. 183 ss., il quale, dopo aver riportato un passo della relazione al disegno di legge n. 1882 del 16 gennaio 1995, che sancisce che la tutela apportata dagli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c. e quella prevista dalla direttiva europea in tema di clausole vessatorie non sono sovrapponibili, poiché «la norma comunitaria [...] introduce un controllo delle clausole di tipo sostanziale, sicuramente diverso da quello di carattere prettamente formale attualmente previsto dal codice civile» (p. 184), sostiene la possibilità di concorso tra tutela formale e sostanziale, ai sensi dell'art. 8 della direttiva 1993/13/CE, il quale sancisce che «*Gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore*».

¹⁶⁵ La nozione di «clausola vessatoria» nel diritto di matrice comunitaria si ricava dall'art. 33, comma 1, cod. cons., secondo il quale «*Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*».

¹⁶⁶ In questo senso v. J. BOZZOLI, *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁷ In questo senso, v. E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, cit., p. 186; L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, cit., p. 285.

all'accordo di deroga, si rende necessaria solo se quella clausola possa condurre ad uno squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dal contratto, ai sensi dell'art. 33 cod. cons.

Così, parte della dottrina, con riferimento all'ipotesi delineata dall'art. 7, par. 5, ha affermato che «a mancare qui *non* è la difformità materiale del bene, in quanto in concreto *essa ricorre*, bensì la sua rilevanza per una responsabilità del venditore ai sensi della 771/2019»¹⁶⁸; mentre, altra parte della dottrina si è premurata di osservare come il patto derogatorio debba essere soggetto al sindacato di abusività e rispettoso del principio di trasparenza delineato dalla direttiva 1993/13/CEE¹⁶⁹.

La stessa proposta di direttiva in tema di clausole abusive del Consiglio del 24 luglio 1990, del resto, attribuiva carattere abusivo alle clausole volte a «privare il consumatore, in quanto acquirente in un contratto per la vendita dei beni, del diritto di ricevere beni conformi all'oggetto del contratto e idonei allo scopo per il quale sono stati venduti»¹⁷⁰. Peraltro, seppur tale riferimento non era stato tradotto nel testo definitivo della direttiva, agli albori della sua pubblicazione, la dottrina qualificava come vessatorie quelle clausole che limitassero il diritto del consumatore alla conformità del bene al contratto a determinate ipotesi di inadempimento del professionista, individuando in tal senso una differenza rispetto a quanto disciplinato dal legislatore italiano con riguardo alla garanzia per vizi, ai sensi del già citato art. 1490, comma 2, c.c., che invece consente alle parti di escludere o limitare la garanzia¹⁷¹.

Sotto la vigenza della direttiva 1999/44/CE, inoltre, la dottrina ha riconosciuto che, laddove le parti avessero individuato contrattualmente la nozione di difetto di conformità, esse sarebbero state destinate a muoversi «su un terreno scivoloso e di confine tra l'ambito della modificazione della responsabilità e quello della determinazione della prestazione dedotta in contratto»; in quest'ottica, ove le parti avessero previsto, attraverso la descrizione del bene, qualità o prestazioni inferiori rispetto a quelle che il consumatore poteva ragionevolmente attendersi, la relativa clausola non avrebbe potuto non riconoscersi come limitativa della responsabilità del professionista. Pertanto, essa avrebbe dovuto

¹⁶⁸ Così S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, cit., p. 220, nt. 36; ID., *A partire dalla dir. 2019/771 UE: riflessioni sul concetto di armonizzazione massima*, cit., p. 20, nt. 30.

¹⁶⁹ In questo senso v. G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, cit., p. 248, il quale sostiene altresì che il legislatore italiano avrebbe dovuto, in sede di attuazione, specificare la sottoposizione dell'accordo derogatorio alla disciplina in tema di clausole vessatorie.

¹⁷⁰ Il testo della proposta di direttiva del Consiglio del 24 luglio 1990 viene riportato da F. ASTONE, *op. cit.*, p. 208, nt. 84.

¹⁷¹ Sul punto, v. G. SCALFI, *op. cit.*, p. 448 s. V. altresì *supra* nt. 25.

«essere sottoposta ai limiti di validità e ai controlli che l'ordinamento appositamente predispone per i patti di esonero e limitazione della responsabilità»¹⁷². Del resto, nell'ambito del già segnalato dibattito in ordine alla derogabilità dei criteri presuntivi di conformità, quella dottrina che riteneva prive di effetto solo le clausole volte all'esclusione di uno o più criteri di cui al comma 2 dell'art. 129 cod. cons., mentre riteneva ammissibili quelle clausole volte a definire in positivo le qualità o le caratteristiche del bene, ha chiarito come tutte le clausole dei contratti del consumatore, anche se astrattamente ammissibili, sarebbero dovute essere adottate nel rispetto della disciplina dettata in tema di clausole vessatorie e dunque essere redatte in modo chiaro e comprensibile, ai sensi dell'art. 35, comma 1, cod. cons.¹⁷³.

A ben vedere, ove il patto derogativo dei requisiti oggettivi di conformità, di cui all'art. 7, par. 5, della direttiva (UE) 2019/771, venisse qualificato come patto vessatorio, si riscontrerebbero talune difficoltà di compatibilità proprio con la disciplina di matrice comunitaria in tema di clausole vessatorie.

Invero, nella disciplina dettata dalla direttiva in tema di clausole abusive, vengono delineate delle ipotesi in cui la trattativa individuale non è bastevole ad escludere il carattere vessatorio della clausola. Mentre per le clausole che si presumono vessatorie, individuate al comma 2 dell'art. 33 cod. cons., è consentito al professionista dimostrare l'intervenuta trattativa tra le parti¹⁷⁴ ovvero l'assenza del significativo squilibrio di diritti e obblighi a carico del consumatore¹⁷⁵, per le clausole descritte all'art. 36, comma 2, cod.

¹⁷² Così L. DELOGU, *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, cit., p. 514 s.; cfr. altresì ID., *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., p. 547 s. e p. 553, ove l'A. sostiene che se vengono stabilite, ad esempio su moduli prestampati, modi d'uso, qualità e prestazioni di molto inferiori a quelle che abitualmente il consumatore potrebbe attendersi dal bene di specie venduto, «se ciò non è giustificato dal carattere oggettivo dell'attività del venditore, è opportuno che anche l'interpretazione di un simile regolamento negoziale indaghi di volta in volta quale sia l'effettiva e concreta funzione della clausola».

¹⁷³ V. in questo senso A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, sub *art. 134*, cit., p. 360 s. Cfr. sul punto altresì E. CAPOBIANCO - F. LONGOBUCCO, *Modificazioni convenzionali del regime legale della responsabilità del venditore*, in *Domenico Rubino*, a cura di P. PERLINGIERI - S. POLIDORI, II, Napoli, ESI, 2009, p. 588 ss., secondo i quali i «patti sulla responsabilità [...] a prescindere dal *nomen iuris*, dovranno essere adeguatamente sottoposti al controllo di vessatorietà in relazione alle concrete determinazioni convenzionali delle parti nei contenuti positivi e nel loro diretto e indiretto operare».

¹⁷⁴ La disciplina introdotta dalla direttiva del 1993 appare come più indulgente verso il professionista, rispetto a quella prevista dai progetti di direttiva formulati in precedenza dalla Commissione, i quali escludevano la rilevanza dell'intervenuta trattativa individuale (sul punto, v. L. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 354).

¹⁷⁵ Per quanto attiene alla prova contraria che deve fornire il professionista, in ordine all'assenza di un significativo squilibrio tra diritti e obblighi a carico del consumatore, V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive («vessatorie») nei contratti fra professionisti e consumatori: artt. 1469-bis e segg. c.c.*, cit., p. 105 s.

Secondo l'A., inoltre, le ipotesi di clausole vessatorie presunte, elencate all'art. 1469-bis, comma 3, c.c., ora art. 33, comma 2, cod. cons., possono distinguersi in «clausole di squilibrio» e «clausole di sorpresa», in base

cons. non è ammessa prova contraria del carattere vessatorio, dovendosi considerare in ogni caso nulle¹⁷⁶.

Tra queste, peraltro, figura la clausola di cui alla lett. b), caratterizzata dall'aver «per oggetto o 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 adempimento inesatto da parte del professionista»¹⁷⁷.

Dalla lettera della disposizione emerge chiaramente come essa si riferisca, oltre alle ipotesi in cui la clausola abbia come oggetto diretto la limitazione delle azioni del consumatore, anche alle ipotesi in cui la clausola produca, in concreto, il medesimo effetto.

In quest'ottica, tale ipotesi normativa non sembra del tutto avulsa da quella che viene delineata anche all'art. 7, par. 5, della direttiva del 2019. Invero, si potrebbe

alla *ratio* ad esse sottesa: nelle prime la vessatorietà si misura nello squilibrio tra diritti e obblighi derivante dal testo contrattuale, mentre nelle seconde l'elemento di abusività si ricava dall'esecuzione del contratto che avviene in modo molto diverso da come si aspetta il consumatore (p. 114 s.).

¹⁷⁶ Per vero, come già segnalato, non v'è unanimità in dottrina in ordine al carattere assoluto o relativo della presunzione di vessatorietà delle clausole individuate dall'art. 36, comma 2, cod. cons. (v. *supra*, nt. 24).

Secondo una parte della dottrina, le clausole in esame sono in ogni caso improduttive di effetti, non ammettendo prova contraria al carattere abusivo. In tal senso, v. G. DE CRISTOFARO, *Autonomia privata e pattuizioni di esclusione totale della garanzia per vizi nei contratti di compravendita. Note a margine di due recenti pronunce della Corte di Cassazione*, cit., p. 244; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *F. it.* 1996, c. 155-157; F. ASTONE, *op. cit.*, p. 196 ss., secondo il quale la ripetizione delle ipotesi normative del comma 2 dell'art. 1469-*quinquies*, ora art. 36, comma 2, cod. cons., anche al comma 3 dell'art. 1469-*bis* c.c., ora art. 33, comma 2, cod. cons., è frutto di un difetto di coordinamento della disciplina e non indica che le ipotesi di cui alla prima disposizione citata siano soggette alla disciplina di carattere generale in tema di clausole abusive. Inoltre l'A., a conferma di tale tesi, oltre a ragioni di carattere testuale, evidenzia anche come tale soluzione sia aderente agli obbiettivi del legislatore europeo di tutela del consumatore e di tutela del mercato: invero, sotto quest'ultimo profilo, rileva come l'adeguamento alle condizioni generali sia per certo più rapido, rispetto alle ipotesi in cui spetti al giudice valutare se la clausola in concreto sia vessatoria, poiché gli imprenditori espungeranno le clausole in ogni caso vessatorie dai propri formulari.

Sul punto, v. altresì L. DELOGU, *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., p. 529 s., ove l'A. afferma che le clausole che incidono sulla responsabilità del professionista, volte ad escludere o limitare le azioni del consumatore a fronte di inadempimento, debbono considerarsi inefficaci, anche laddove fosse intervenuta una trattativa individuale, alla luce del combinato disposto degli artt. 1229 c.c., 1469-*bis*, n. 2, c.c. (oggi art. 33, comma 2, lett. b), cod. cons.) e 1469-*quinquies*, n. 2, c.c., (oggi art. 36, comma 2, lett. b), cod. cons.).

Secondo altra parte della dottrina, invece, posta l'irrelevanza dell'intervenuta trattativa individuale come prova contraria al carattere abusivo della clausola, il professionista può sempre provare l'assenza dello squilibrio tra diritti e obblighi delle parti contrattuali (cfr. V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive («vessatorie») nei contratti fra professionisti e consumatori: artt. 1469-bis e segg. c.c.*, cit., p. 128 s.; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, Ipsoa, 1996, p. 10; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, cit., p. 173 s.). Sul punto, v. altresì *supra*, nt. 127.

¹⁷⁷ L'elenco dettagliato di cui al comma 2° dell'art. 36 cod. cons., che riporta le clausole da considerarsi abusive quantunque oggetto di trattativa individuale, non era previsto dalla direttiva 93/1993/CE: il legislatore italiano, in sede di attuazione, attraverso l'adozione di tale elenco, ha esercitato il potere conferito dalla direttiva (art. 8) di adottare misure più severe nei confronti del professionista a tutela del consumatore (in tal senso, v., seppur con riguardo alle clausole elencate all'ormai abrogato art. 1469-*quinquies*, comma 2, c.c., F. ASTONE, *op. cit.*, p. 192).

affermare che, attraverso la riduzione dei requisiti di conformità al contratto, l'effetto che si produce in concreto dalla stipulazione dei patti derogativi è quello di limitare le azioni a tutela del consumatore, a fronte di un difetto di conformità al contratto. Invero, come già osservato, alla limitazione dei confini della nozione di conformità al contratto consegue, nei fatti, la diminuzione delle ipotesi in cui il consumatore possa avvalersi dei rimedi a fronte di un difetto di conformità nel bene¹⁷⁸.

Pertanto, ove si dovesse ritenere che il patto di deroga ai requisiti oggettivi di conformità fosse un patto avente, almeno in astratto, carattere vessatorio, tale accordo andrebbe in ogni caso ricondotto all'ipotesi delineata dalla lett. b), del comma 2 dell'art. 36, cod. cons.¹⁷⁹. Dunque, anche laddove l'accordo fosse stato oggetto di trattativa individuale, nel caso specifico il consumatore fosse stato specificamente informato e avesse accettato separatamente e espressamente la deroga, tale patto dovrebbe considerarsi inefficace, alla stregua della disciplina in tema di clausole vessatorie: le prescrizioni dettate dall'art. 7, par. 5, risulterebbero quindi del tutto irrilevanti. Negli stessi termini, la dottrina, già con riguardo al rapporto tra l'art. 1469-*quinquies*, comma 2, c.c., ora art. 36, comma 2, cod. cons., e l'art. 1341, comma 2, c.c., specificava come non sarebbe stato necessario interrogarsi in ordine al coordinamento tra le norme citate poiché, ove la clausola rientrasse nell'elenco dettato dalla disposizione del codice del consumo, «l'eventuale specifica sottoscrizione rappresenterebbe solo un'inutile formalità, inidonea a comportare l'efficacia delle clausole in questione»¹⁸⁰.

L'art. 7, par. 5, dunque, così interpretato, sembrerebbe porsi in contrasto con la disciplina dettata in tema di clausole abusive, in quanto ammette l'efficacia di una clausola che, ai sensi del comma 2, dell'art. 36 cod. cons., dovrebbe considerarsi nulla¹⁸¹.

Neppure potrebbe dirsi che le clausole derogative dei requisiti oggettivi di conformità si possano sottrarre al sindacato di vessatorietà, in quanto riproduzioni di una disposizione di legge, ovvero dell'art. 7, par. 5, della direttiva, ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. cons.¹⁸². L'art. 7, par. 5, invero, si limita ad attribuire alle parti la facoltà di

¹⁷⁸ V. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 77; A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, sub art. 134, cit., p. 360 s. Cfr. altresì L. DELOGU, *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., p. 546, secondo la quale «i criteri di valutazione della conformità del bene al contratto [...] costituiscono il principale congegno per la misurazione dell'esattezza dell'adempimento».

¹⁷⁹ In ordine all'applicabilità dell'art. 36, comma 2, lett. b) cod. cons. alle clausole che incidono sul diritto del consumatore alla garanzia, v. *supra* nt. 25.

¹⁸⁰ Così F. ASTONE, *op. cit.*, p. 200.

¹⁸¹ Tale argomentazione potrebbe ad ogni modo essere superata aderendo a quella tesi dottrinale che ritiene le clausole individuate dal comma 2 dell'art. 36 cod. cons. efficaci ove complessivamente non si registri uno squilibrio tra diritti e obblighi delle parti contrattuali (v. *supra* nt. 176).

¹⁸² La ragione per cui le clausole riproduttive di una disposizione di legge non sono soggette al sindacato di vessatorietà, alla luce anche del considerando n. 13 della direttiva 1993/13/CEE, si rinviene nella circostanza

addivenire ad un accordo di deroga, mentre non attribuisce direttamente alle stesse degli obblighi o dei diritti¹⁸³.

Non può tuttavia escludersi che il patto di deroga ai requisiti oggettivi, di cui all'art. 7, par. 5, della direttiva, altro non sia che un accordo volto a delimitare la prestazione del professionista a favore del consumatore, ovvero un accordo determinativo dell'oggetto della vendita.

La qualificazione in accordo descrittivo dell'oggetto del contratto del patto derogatorio dei requisiti oggettivi di conformità sembra trovare conferma dallo stesso tenore letterale della disposizione pocanzi citata: essa non esordisce con un'espressione quale "*il professionista non è responsabile se...*", bensì con l'espressione "*Non vi è difetto di conformità...*". Dunque, alla luce di tale formulazione della norma, il patto derogativo sembra non tanto volto a limitare la responsabilità del venditore, quanto piuttosto a determinare la nozione di conformità del bene al contratto: il patto di deroga, in altri termini, stabilisce il contenuto dell'obbligazione di consegna del bene conforme al

che il legislatore nazionale, nel dettare la disposizione, che poi viene riprodotta nella clausola, opera già a monte una equa composizione degli interessi delle parti (in questo senso, v. L. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 358; in senso analogo, v. P. SIRENA, sub *art. 1469-ter*, 3° *comma*, *c.c.*, cit., p. 888 s.). Secondo il considerando n. 13, invero, «*considerando che si parte dal presupposto che le disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri che disciplinano, direttamente o indirettamente, le clausole di contratti con consumatori non contengono clausole abusive; che pertanto non si reputa necessario sottoporre alle disposizioni della presente direttiva le clausole che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative nonché principi o disposizioni di convenzioni internazionali di cui gli Stati membri o la Comunità sono parte; che a questo riguardo l'espressione "disposizioni legislative o regolamentari imperative" che figura all'articolo 1, paragrafo 2 comprende anche le regole che per legge si applicano tra le parti contraenti allorché non è stato convenuto nessun altro accordo*».

D'altra parte, la dottrina ha evidenziato come anche le norme di legge possano condurre, ove riprodotte in clausole, ad un significativo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti. Pertanto, la *ratio* della disposizione in esame non risiede tanto nella natura stessa delle disposizioni di legge che si presentano sempre come il risultato di un perfetto contemperamento tra gli interessi delle parti, quanto piuttosto nella valutazione di interessi generali di carattere politico (v. E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, cit., p. 86 s.; che la norma possa essere criticata sotto il profilo della tutela del consumatore, sulla base del fatto che vi possono essere delle ipotesi in cui anche le disposizioni di legge possono condurre all'adozione di clausole abusive, lo afferma altresì G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 1150-1152).

L'art. 34, comma 3, cod. cons., oltre a sancire che non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge, esclude che siano soggette al sindacato di vessatorietà anche le clausole «*riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea*». Anche la *ratio* sottesa a tale disposizione assume carattere politico: l'obiettivo consiste nell'evitare che lo Stato membri si trovi a dover "preferire" l'applicazione della direttiva europea a quella delle convenzioni stipulate con altri Stati (v. L. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 358 s.)

¹⁸³ In ordine alla necessità che, affinché la clausola possa dirsi riproduttiva di una disposizione di legge, quest'ultima debba essere direttamente produttiva di diritti ed obblighi, mentre non è sufficiente che essa attribuisca solo la facoltà alle parti di pattuire tali diritti e obblighi, v., *ex multis*, V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive («vessatorie») nei contratti fra professionisti e consumatori: artt. 1469-bis e segg. c.c.*, cit., p. 123 (v. altresì *supra* nt. 26).

contratto, individuando quali requisiti di conformità debba possedere il bene al momento della consegna per potersi dire adempiuta la relativa obbligazione¹⁸⁴.

Se dunque il patto derogativo dei requisiti oggettivi di conformità è un patto determinativo dell'oggetto del contratto, deve escludersi che su di esso ricada il sindacato di vessatorietà, ai sensi dell'art. 34, comma 2, cod. cons.¹⁸⁵.

Tale ultima disposizione, oltre ad escludere dal sindacato di vessatorietà le clausole determinative dell'oggetto, sancisce altresì che esse debbono essere redatte in modo *chiaro e comprensibile*¹⁸⁶. Pertanto, anche il patto derogativo dei requisiti di conformità del bene

¹⁸⁴ Sembra ostare ad una siffatta qualificazione del patto derogativo di cui all'art. 7, par. 5, della direttiva (UE) 2019/771, la circostanza che, nel caso di specie, la direttiva già determina espressamente l'oggetto del contratto, individuando i criteri oggettivi di conformità del bene. Secondo una parte della dottrina, infatti, la clausola che determina l'oggetto del contratto è svincolata dal controllo di vessatorietà, solo ove l'oggetto del contratto non sia già determinato da disposizioni di legge: invero, la *ratio* della disposizione che esclude il sindacato di vessatorietà in ordine alla clausola determinativa dell'oggetto risiederebbe nella circostanza che, ove la clausola venisse dichiarata vessatoria, non vi sarebbe alcuna norma ad integrare il contratto (v. P. SIRENA, sub art. 1469-ter, 2° comma, c.c., cit., p. 856 ss., il quale osserva come il legislatore determina le prestazioni oggetto del contratto, come la misura del corrispettivo, solo ove l'autonomia privata si dimostri insoddisfacente alla realizzazione di ottimali risultati economici, imponendo, ad esempio, il divieto d'usura, l'obbligo di contrattare in condizioni di parità, nonché il divieto di abuso della posizione dominante).

¹⁸⁵ La *ratio* dell'art. 34, comma 2, cod. cons. viene ravvisata da una parte della dottrina nella volontà del legislatore di garantire la piena libertà contrattuale in ordine alla determinazione delle prestazioni del contratto. In quest'ottica, è stato osservato che, in ordine alla determinazione dell'oggetto del contratto, «l'autonomia privata [...] deve conservarsi sovrana, ai limiti del capriccio e dell'arbitrio, e non sopporta la sovrapposizione di valutazioni e tutele esterne» (così V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive («vessatorie») nei contratti fra professionisti e consumatori: artt. 1469-bis e segg. c.c., cit.*, p. 120). D'altro canto, proprio in ragione della tutela dell'autonomia privata e della libertà contrattuale, è stata espunta dal testo definitivo della direttiva 1993/13/CE la possibilità di effettuare un controllo di vessatorietà delle clausole determinative dell'oggetto e del prezzo, prevista invece nelle proposte di direttiva del 1990 e 1992 (v. M. FARNETI, sub art. 34, in G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 377).

Sul punto, si veda altresì il considerando n. 19 della direttiva 1993/13/CE: «considerando che, ai fini della presente direttiva, la valutazione del carattere abusivo non deve vertere su clausole che illustrano l'oggetto principale del contratto o il rapporto qualità/prezzo della fornitura o della prestazione; che, nella valutazione del carattere abusivo di altre clausole, si può comunque tener conto dell'oggetto principale del contratto e del rapporto qualità/prezzo; che ne consegue tra l'altro che, nel caso di contratti assicurativi, le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurato e l'impegno dell'assicuratore non formano oggetto di siffatta valutazione qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore».

¹⁸⁶ In ordine al dibattito circa la sorte della clausola che determina l'oggetto del contratto, redatta in modo non chiaro né comprensibile, dal quale dipende anche la sorte del contratto nel suo complesso, v. M. CASOLA, *op. cit.*, p. 130-133; M. NUZZO, sub art. 1469-ter, comma 1° e 2°, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, cit., p. 1147 s.

In particolare, v. P. SIRENA, sub art. 1469-ter, 2° comma, c.c., cit., p. 861 ss., secondo il quale l'assenza di comprensibilità e chiarezza della clausola determinativa dell'oggetto comporterebbe la sottoposizione della stessa al sindacato di vessatorietà, ma non l'inefficacia immediata della clausola, con conseguente nullità del contratto ai sensi degli artt. 1349 e 1418, comma 1, c.c., in forza del principio di conservazione del contratto, dettato all'art. 1469-quinquies, comma 1, c.c. (ora art. 36, comma 1, cod. cons.) e del principio per cui

al contratto, oltre al rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 7, par. 5, ovvero la specifica informazione al consumatore e la accettazione espressa e separata del difetto di conformità, che sembrano in ogni caso richiamare il carattere vessatorio del patto, deve essere predisposto in modo chiaro e comprensibile al consumatore, in forza del combinato disposto tra la disposizione della direttiva pocanzi citata e il 2° comma dell'art. 34, cod. cons.¹⁸⁷.

Sotto quest'ultimo profilo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha evidenziato come la mancanza di comprensibilità e chiarezza nella determinazione dell'oggetto del contratto, ai sensi della disciplina consumeristica in tema di clausole abusive, non consista in una incomprensibilità del significato linguistico della clausola, ma debba interpretarsi in senso estensivo¹⁸⁸: in quest'ottica, la dottrina¹⁸⁹ segnala

l'inefficacia della clausola opera unicamente a favore del consumatore, ai sensi dell'art. 1469-*quinquies*, comma 3, c.c. (ora art. 36, comma 3, c.c.).

Diversa posizione invece quella di G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium Iuris* 1996, p. 419, il quale afferma che il giudice deve pronunciare l'inefficacia di quella clausola descrittiva dell'oggetto non intellegibile al consumatore, accertando così anche l'inefficacia dell'intero contratto, in applicazione del principio di carattere generale in base al quale «sono nulle quelle manifestazioni di volontà alle quali, pur applicati tutti i canoni ermeneutici previsti dal legislatore (in particolare quelli dell'interpretazione oggettiva), non è possibile attribuire un significato univoco».

¹⁸⁷ In ordine alla natura del patto di deroga di cui all'art. 7, par. 5, si rinvia alla breve analisi svolta in M. DIANIN, *op. cit.*, p. 831 s.

¹⁸⁸ Per quanto attiene ai requisiti della comprensibilità e della chiarezza che deve possedere la clausola che determina l'oggetto del contratto, v. la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. III, 25 aprile 2015, causa C-96/14, ove viene precisato che «L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che una clausola stipulata in un contratto di assicurazione e intesa a garantire la presa a carico delle rate dovute al mutuante in caso di inabilità totale al lavoro del mutuatario rientra nell'ambito dell'eccezione contenuta in questa disposizione solo nei limiti in cui il giudice del rinvio constati: [...] che detta clausola è redatta in modo chiaro e comprensibile, vale a dire che essa è non soltanto intelligibile per il consumatore sul piano grammaticale, ma anche che il contratto espone in modo trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale la clausola si riferisce nonché la relazione tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, in modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano»; per quanto attiene all'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali, in generale, viene altresì precisato che esso «non può essere limitato unicamente alla comprensibilità sul piano formale e grammaticale di queste ultime. Al contrario, poiché il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 si fonda sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda, in particolare, il grado di informazione, tale obbligo di trasparenza deve essere interpretato in modo estensivo (v., in tal senso, sentenze *Kásler e Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, punti 71 e 72, nonché *Matei*, C-143/13, EU:C:2015:127, punto 73)».

Sul punto, v. altresì CGUE, sez. I, 10 giugno 2021, causa C-609/19, la quale conferma che «il requisito di trasparenza delle clausole contrattuali, quale risulta dall'articolo 4, paragrafo 2, e dall'articolo 5 della direttiva 93/13, non può essere limitato unicamente al carattere comprensibile sui piani formale e grammaticale di queste ultime. Poiché il sistema di tutela istituito da tale direttiva si basa sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda, in particolare, il livello di informazione, il menzionato obbligo di redazione chiara e comprensibile delle clausole contrattuali e, pertanto, di trasparenza, imposto da detta direttiva, deve essere inteso in modo

come tale incomprendibilità possa tradursi in un occultamento da parte del professionista di una clausola di per sé soggetta al sindacato di vessatorietà. Come casi paradigmatici, vengono segnalate proprio quelle clausole che, pur producendo in concreto l'effetto di esonerare il professionista da responsabilità, vengono predisposte formalmente come clausole di determinazione dell'oggetto del contratto¹⁹⁰.

A ben vedere, proprio nell'ottica di garantire la trasparenza e comprensibilità della clausola, può essere interpretata la norma di cui all'art. 7, par. 5, ove prescrive che il compratore sia specificamente informato del difetto di conformità, prima di accettare, espressamente e separatamente, l'accordo di deroga.

Rimane, tuttavia, pur sempre da chiedersi se tali prescrizioni siano in concreto adeguate a raggiungere il loro scopo: il consumatore invero si trova in una posizione generalmente di svantaggio rispetto al professionista, sia con riferimento alle informazioni normalmente possedute¹⁹¹, sia con riguardo alla forza contrattuale. Ci si può pertanto chiedere se le prescrizioni dettate dall'art. 7, par. 5, siano sufficienti a garantire una trattativa paritaria tra il professionista e il consumatore, nonché se a questi venga realmente concessa la facoltà di scegliere se aderire all'accordo derogatorio. Il rischio in questo senso, tutt'altro che ingiustificato, è quello di vedere introdurre nel contratto di vendita "clausole *standards*", con le quali si preveda l'esclusione dei criteri oggettivi di conformità, pur individuati nello specifico, e rispetto alle quali il consumatore non può far altro, ove necessitasse del bene, che aderirvi¹⁹².

Ancora non risolta, inoltre, appare la questione inerente alla delimitazione dei confini dei patti successivi alla stipulazione del contratto. Già sotto la vigenza della direttiva del 1999, la dottrina si è posta il problema del coordinamento tra la disposizione di cui all'art. 134 del codice del consumo e la clausola di cui all'art. 36, comma 2, lett.

estensivo (sentenza del 3 marzo 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, punto 50 e giurisprudenza ivi citata)».

¹⁸⁹ Sul punto, v. P. SIRENA, sub art. 1469-ter, 2° comma, c.c., cit., p. 864 ss. e, in particolare, p. 868 s.

¹⁹⁰ V. ID., *ivi*, p. 869, il quale porta ad esempio le clausole che stabiliscono il valore massimo dei beni da depositare nella cassetta di sicurezza o che determinano il tetto massimo di rischio garantito nei contratti di assicurazione.

¹⁹¹ Sotto questo profilo, la dottrina ha segnalato che, come si ricava dalla *ratio* della disciplina delle clausole vessatorie, obiettivo del legislatore europeo è quello di garantire, non tanto "l'equilibrio contrattuale", quanto piuttosto "l'equilibrio della contrattazione", nell'ambito della quale una parte dispone di minori informazioni rispetto all'altra (in questo senso, v. F. BERTELLI, *op. cit.*, p. 989).

¹⁹² In questo senso, la dottrina ha osservato come la facoltà di addivenire ad accordi derogativi della disciplina della conformità del bene al contratto, concessa dall'art. 7, par. 5, potrebbe condurre ad una «espansione surrettizia» delle clausole di stile in base alle quali si accetta il bene "così com'è" (v. S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, cit., p. 220, nt. 36; ID., *A partire dalla dir. 2019/771 UE: riflessioni sul concetto di armonizzazione massima*, cit., p. 20, nt. 30).

b)¹⁹³. Come già osservato, gran parte della dottrina ha sostenuto che i patti successivi alla comunicazione da parte del consumatore del vizio avessero esclusivamente finalità transattiva e, dunque, fossero limitati nel contenuto ad un difetto specifico portato all'attenzione del venditore dal consumatore¹⁹⁴. Vent'anni dopo, la direttiva del 2019, attribuendo grande rilievo all'autonomia privata, sembra deporre a favore di quella tesi che ha affermato l'ammissibilità dei patti successivi alla comunicazione del difetto da parte del consumatore, senza limite alla volontà delle parti contrattuali¹⁹⁵, salvo, in ogni caso, la sottoposizione al sindacato di vessatorietà¹⁹⁶.

Da tale disamina in ordine alla natura del patto derogativo dei requisiti oggettivi di conformità, viene confermata l'incertezza che suscita la nuova direttiva in relazione alla disciplina applicabile a tali accordi derogativi. Ed invero attribuire rilievo all'autonomia privata proprio in ordine alla delimitazione dei confini della nozione di conformità del bene al contratto non può che condurre la trattativa delle parti, sempreché in concreto essa

¹⁹³ Sul punto, v. A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, sub *art. 134*, cit., p. 352; cfr. altresì F. PADOVINI, sub *art. 1519-octies*, 1° *comma*, cit., p. 395 s., secondo il quale l'art. 1519-*octies* c.c. (ora art. 134 cod. cons.) vanterebbe il medesimo campo applicativo dell'art. 1469-*quinquies*, comma 2, n. 2, c.c. (ora art. 36, comma 2, lett. b) cod. cons.), ove si consideri che sul venditore grava un obbligo di consegnare il bene conforme al contratto e il consumatore vanta delle azioni a tutela dell'inadempimento di tale obbligazione: secondo l'A., per garantire effettiva applicabilità alla norma dettata in tema di vendita di beni di consumo è necessario aderire a quella tesi (v. V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive («vessatorie») nei contratti fra professionisti e consumatori: artt. 1469-bis e segg. c.c.*, cit., p. 128 s.; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, cit., p. 10; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, cit., p. 173 s.) che ammette efficacia alle clausole di cui all'art. 1469-*quinquies*, comma 2, c.c. (ora art. 36, comma 2, cod. cons.), ove si riesca a provare che esse non producano, in concreto, uno squilibrio tra diritti e obblighi del consumatore, a prescindere dall'intervenuta trattativa individuale, Si veda, sull'argomento, anche A.M. SINISCALCHI, *Limitazione di responsabilità nella «vendita» dei beni di consumo*, cit., p. 487.

¹⁹⁴ V. *supra* nt. 124.

¹⁹⁵ In questo senso v. P.M. PUTTI, sub *art. 1519-octies*, cit., p. 80, secondo il quale, dopo la comunicazione al venditore del difetto di conformità, «riprende totalmente vigore l'autonomia dei privati che ben potrebbe confezionare contratti volti ad impedire che il consumatore possa ottenere per due volte la tutela dei diritti previsti nel decreto»; cfr. altresì L. DELOGU, *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., 533 s.; V. BARBA, *op. cit.*, p. 104.

¹⁹⁶ Sul punto, v. G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, cit., p. 248.

Sostengono che i patti stipulati successivamente alla comunicazione da parte del consumatore del difetto, nel vigore della direttiva 1999/44/CE, sarebbero stati in ogni caso sottoposti al sindacato di vessatorietà F. BERTELLI, *op. cit.*, p. 987; G. CECCHERINI, *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 214; secondo A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, sub *art. 134*, cit., p. 367 s., i patti con cui il consumatore disponeva del diritto relativo ad uno specifico difetto di conformità di cui era venuto a conoscenza non potevano essere sottoposti a controllo di vessatorietà, in quanto determinativi dell'oggetto; viceversa, nel caso di patti volti a modificazioni di carattere generale tali da incidere sul regime giuridico del contratto, questi sarebbero stati per certo sottoposti al sindacato di vessatorietà.

Esclude invece che i patti successivi alla comunicazione del difetto di conformità fossero soggetti al controllo di vessatorietà, D. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 668, il quale osserva come in caso di deroga *in pejus* dei diritti del consumatore, i patti sarebbero stati valutati unicamente ai sensi dell'art. 1519-*octies*, c.c. (sostituito poi dall'art. 134 cod. cons.).

avvenga, su un terreno di mezzo, nel quale la determinazione dell'oggetto si confonde nella limitazione della responsabilità del professionista, con il conseguente problema di coordinamento con la disciplina in tema di clausole vessatorie.

3.4. I profili di criticità sul piano ermeneutico e applicativo suscitati dall'art. 7, par. 5

La formulazione delle prescrizioni previste dall'art. 7, par. 5, della direttiva (UE) 2019/771, per la sua genericità e incompletezza, suscita diversi interrogativi sul piano interpretativo e altresì diversi profili di criticità sul piano applicativo.

La disposizione, invero, esclude la configurabilità di un difetto di conformità, ove il consumatore abbia *espressamente e separatamente accettato* lo scostamento dai requisiti oggettivi di conformità, dopo esserne stato *specificamente informato*.

Quando possa dirsi che il patto derogativo sia espressamente e separatamente accettato, tuttavia, è questione che deve risolversi attraverso un'operazione di carattere ermeneutico che specifichi cosa debba intendersi per accettazione espressa, da un lato, ed accettazione separata, dall'altro.

La disposizione in esame non chiarisce, infatti, se il carattere "espresso" dell'accettazione sia da ricollegarsi ad una forma specifica di manifestazione di volontà del compratore: essa invero, a differenza di quanto prescrive l'art. 1341, comma 2, c.c., non richiede espressamente che la clausola derogatoria debba possedere la forma scritta. Il rispetto di tale requisito formale, per certo, garantirebbe una maggior tutela al compratore¹⁹⁷, anche se non integra la soluzione più idonea a garantire la celerità dei traffici giuridici.

Nell'ottica, dunque, di non appesantire la circolazione dei beni di consumo, l'espressione "accettazione espressa" parrebbe doversi interpretare nel senso di una dichiarazione proveniente dal consumatore che, seppur priva di forma scritta, espliciti la volontà dello stesso, che non può essere manifestata, pertanto, in via solo implicita¹⁹⁸.

D'altro canto, l'art. 1341, comma 2, c.c. non prescrive unicamente la forma scritta della clausola vessatoria, ma impone altresì che essa sia *specificamente* approvata per

¹⁹⁷ Secondo R. SCOGNAMIGLIO, sub *art. 1341*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 1970, p. 275, la forma scritta imposta dall'art. 1341, comma 2, c.c. permette «di conferire una peculiare certezza all'atto ed ad un tempo richiamare tutta l'attenzione di chi, con la sottoscrizione, assume l'impegno»; d'altro canto, il requisito della forma scritta rimane un «aspetto secondario rispetto al carattere essenziale della specificità (dell'approvazione)».

¹⁹⁸ In ordine a tale tematica, v. M. DIANIN, *op. cit.*, p. 833.

iscritto¹⁹⁹. In questo senso, si è osservato in dottrina che tale prescrizione può dirsi soddisfatta attraverso la sottoscrizione individuale di ciascuna clausola vessatoria, rispetto al contratto nel suo complesso, anche se non sembra necessaria la riproduzione integrale della clausola, bastando il richiamo numerico²⁰⁰. Parte della dottrina ha osservato come le clausole vessatorie possano anche essere oggetto di un'unica sottoscrizione, pur sempre separata rispetto alla sottoscrizione del contratto, purché esse siano individuate nella loro singolarità, riportando, ad esempio, il titolo della clausola²⁰¹. Inoltre, è stato osservato come le clausole vessatorie debbano essere, già nel testo contrattuale, «selezionate ed evidenziate tramite una tecnica idonea a sollecitare l'attenzione dell'aderente in ordine al loro contenuto e al carattere vessatorio»²⁰².

Da tali considerazioni, si possono forse trarre degli spunti per l'interpretazione dell'espressione “accettazione separata”, impiegata dalla direttiva europea: il patto derogatorio deve essere accettato dal consumatore nella sua individualità, con atto separato rispetto al contratto nel suo complesso.

Le criticità suscitate sul piano ermeneutico dalla disposizione di cui all'art. 7, par. 5, tuttavia, sono destinate ad acuirsi ove il contratto di vendita sia stipulato *on-line*²⁰³. Il

¹⁹⁹ La *ratio* sottesa all'imposizione di una specifica approvazione per iscritto, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c. è stata ravvista dalla dottrina non solo nell'esigenza che l'aderente conosca o possa conoscere della vessatorietà delle clausole, ma nella necessità che egli sia effettivamente parte della formazione del contratto (v. R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 271 ss.). Secondo C.M. BIANCA, voce *Condizioni generali di contratto: I*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma 1988, p. 7, la specifica approvazione per iscritto della clausola è volta a scongiurare il «pericolo della sorpresa», ovvero il rischio che l'acquirente accetti delle clausole contrattuali, in blocco, senza rendersi conto della loro effettiva portata.

²⁰⁰ Sul punto, v. E. BERGELLI, sub *art. 1341*, in *Comm. Gabrielli*, Utet, 2011, p. 561 s.

²⁰¹ In questo senso v., R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 295, il quale ritiene sufficiente anche la trascrizione del numero d'ordine; C.M. BIANCA, voce *Condizioni generali di contratto: I*, cit., p. 8 s., il quale sostiene che non sia sufficiente il richiamo al numero di riferimento, ma vi debba essere un richiamo al contenuto della clausola, riportando ad esempio il titolo; v. altresì L. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 7. In questo senso, v. altresì Cass. civ., sez. VI - 3, ord., 9 luglio 2018, n. 17939, dalla quale si ricava il seguente principio di diritto: «*Nel caso di condizioni generali di contratto, l'obbligo della specifica approvazione per iscritto a norma dell'art. 1341 c.c. della clausola vessatoria è rispettato anche nel caso di richiamo numerico a clausole, onerose e non, purché non cumulativo, salvo che, in quest'ultima ipotesi, non sia accompagnato da un'indicazione, benché sommaria, del loro contenuto, ovvero che non sia prevista dalla legge una forma scritta per la valida stipula del contratto*».

Sul punto, cfr. altresì G. CHINÈ, *La contrattazione standardizzata*, in *Il contratto in generale*, 2, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, Torino, Giappichelli, 2000, p. 514 ss.

²⁰² Così E. BERGELLI, *op. cit.*, p. 561. Sul punto, v. anche Cass. civ., sez. VI - 2, ord., 12 ottobre 2016, n. 20606, secondo la quale la disposizione di cui all'art. 1341, comma 2, c.c., «*richiede non solo la sottoscrizione separata, ma anche la scelta di una tecnica redazionale idonea a suscitare l'attenzione del sottoscrittore sul significato delle clausole specificamente approvate*».

²⁰³ La direttiva (UE) 771/2019/UE si applica sia ai contratti “faccia a faccia” sia ai contratti *on-line*, a differenza della prima proposta di direttiva del 2015 (COM (2015) 635 *final*), destinata ad applicarsi ai soli contratti *on-line*.

Per un'indagine relativa ai contratti *on-line* stipulati tra professionisti e consumatori, v. G. DE CRISTOFARO, *B-to-C Contracts Concluded On-Line and Private Law*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.* 2020, p. 537 ss.

rischio di una non effettiva manifestazione della volontà negoziale è invero maggiormente avvertito nel campo dell'*e-commerce*, oltreché il fenomeno dell'asimmetria informativa e dell'effetto sorpresa, a causa «della velocità delle transazioni, della impermeabilità della piattaforma tecnologica del commercio elettronico, della sproporzione tra il valore dell'acquisto e la velocità della transazione»²⁰⁴.

Nel settore dell'*e-commerce*, non esiste una vera e propria regolamentazione in ordine alle modalità di conclusione del contratto, che dunque sono state elaborate nel corso del tempo dalla prassi. La vendita di beni *on-line* avviene, nella maggior parte dei casi, attraverso la creazione di siti *web* da parte dei venditori o produttori del bene, nei quali il compratore ha la possibilità di analizzare i prodotti in vendita, accompagnati, generalmente, dalla descrizione delle loro caratteristiche e dal prezzo. L'acquirente, interessato all'acquisto di un bene, lo può selezionare e inserire nel "carrello", per procedere all'acquisto immediato o in un momento successivo. L'acquisto avviene tramite carta di credito, successivamente alla compilazione di un *form*, ove vengono inseriti i propri dati anagrafici e il numero della carta, selezionando il tasto virtuale di accettazione²⁰⁵.

Le maggiori criticità sono emerse, tuttavia, laddove il contratto da stipularsi *on-line* contenesse delle clausole, considerate vessatorie, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., le quali, ai fini della loro efficacia, dovevano essere specificamente approvate per iscritto. Si sono posti dunque diversi quesiti, attinenti a come potesse essere soddisfatto il requisito della forma scritta e a come tali clausole potessero essere accettate separatamente dal resto del contratto. Sulla tematica, la dottrina poggia su posizioni differenti.

Una parte della dottrina ha escluso che, per soddisfare il requisito della forma scritta, il compratore dovesse essere in possesso di una firma elettronica avanzata, essendo sufficiente, a tal fine, una firma elettronica debole, basata sulla pressione da parte del consumatore del tasto virtuale di accettazione (c.d. *point and click*), eventualmente, dopo

²⁰⁴ In questo senso, v. V.V. CUOCCI, *Contratti online e il mercato unico digitale: l'approccio (minimalista) del legislatore europeo in tema di clausole abusive*, in A.A. V.V., *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, a cura di A. ADDANTE, Milano, Cedam, 2016, p. 79, la quale, in realtà, in questo passaggio, non si riferisce espressamente alle difficoltà legate alla manifestazione della volontà del consumatore, ma afferma che le caratteristiche del commercio *on-line* menzionate acquiscono, in generale, i tradizionali problemi legati all'introduzione di clausole abusive nel contratto, oltreché all'asimmetria informativa e all'effetto sorpresa.

²⁰⁵ Questa la prassi invalsa nella piattaforma virtuale descritta da F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, Padova, Cedam, 2004, p. 64 s.

aver effettuato il *login* con *username* e *password*, ottenute attraverso la registrazione al sito web²⁰⁶.

D'altro canto, la giurisprudenza di merito, con riguardo alla tematica delle clausole vessatorie apposte ai contratti da concludersi *on-line*, sembra orientata verso un'interpretazione restrittiva del requisito della specifica sottoscrizione per iscritto, imposto dall'art. 1341, comma 2, c.c., ritenendo che debba essere necessariamente impiegata una firma digitale, in quanto la tecnica del *point and click* non sarebbe a tal fine sufficiente²⁰⁷. Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea, attraverso una pronuncia del 2015²⁰⁸, ha affermato l'insufficienza della tecnica del *point and click* a soddisfare il requisito della forma scritta, salvo precisare che tale tecnica rimane utilizzabile ove il contraente possa conservare durevolmente l'accordo stipulato con controparte.

Una altra parte della dottrina, partendo dal presupposto che l'art. 1341, comma 2, c.c. richieda non tanto e non solo un'approvazione espressa della clausola quanto la sussistenza della sottoscrizione della condizione, ha osservato come tale prescrizione sia in realtà soddisfatta solo attraverso la sottoscrizione di un documento cartaceo, recapitato al compratore, eventualmente insieme al bene acquistato, oltretutto con l'impiego di firma

²⁰⁶ In questo senso, v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Specifiche approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contrattazione on line*, in *Nuova g. civ. comm.* 2018, p. 408, la quale, a conferma della tesi descritta, invoca il principio di neutralità espresso dall'art. 25, comma 1, del Regolamento (UE) n. 910/2014, in base al quale «A una firma elettronica non possono essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica o perché non soddisfa i requisiti per firme elettroniche qualificate».

Anche F. DELFINI, *op. cit.*, p. 106, 108, esclude la necessità che vi sia l'impiego di una firma digitale ai fini del rispetto del requisito formale di cui al comma 2 dell'art. 1341 c.c., ritenendo sufficiente una firma elettronica non avanzata, che tuttavia è da distinguersi rispetto al semplice *point and click*.

Per quanto attiene alla vincolatività del *point and click*, v. altresì ID., *ivi*, p. 68-70, secondo il quale l'idoneità di tale modalità ad impegnare le parti è ricavabile dall'art. 1326, comma 4, c.c., che attribuisce al proponente la facoltà di determinare le modalità di accettazione dell'altra parte, e rientra nei limiti di cui all'art. 1322 c.c., ove tale procedimento di accettazione sia volto a rispondere alle esigenze del commercio elettronico, quali rapidità e standardizzazione, garantendo vantaggi anche al consumatore.

²⁰⁷ In questo senso, v. la pronuncia del Tribunale di Catanzaro, del 30 aprile 2012, commentata da V.V. CUOCCI, *op. cit.*, p. 81 s. e nt. 16 e 18, la quale osserva – così come G. CERDONIO CHIAROMONTE, *op. cit.*, p. 407 – che il giudice di primo grado non ha specificato, nel caso *de quo*, cosa dovesse intendersi per firma digitale e se ad essa potesse essere equiparata anche il *point and click*, in quanto, nel caso concreto, ad essere assente era il requisito della “specifica” sottoscrizione, per cui appariva priva di rilevanza, nell'economia del processo, l'analisi intorno al requisito della forma scritta.

In ordine a tale pronuncia del giudice di merito, v. altresì G. FINOCCHIARO, *Il perfezionamento del contratto on line: opportunità e criticità*, in *D. com. scambi int.* 2018, p. 198 s., il quale ribadisce che il Tribunale di Catanzaro si è in realtà pronunciato in favore della firma digitale solo in un *obiter dictum* e in ogni caso impiega il termine “firma digitale”, in senso atecnico.

²⁰⁸ In questo senso, v. CGUE, 21 maggio 2015, causa n. C-322/14, citata da G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 199 s.

digitale²⁰⁹, mentre nella prassi si è sviluppata la tecnica di operare il download del contratto, stamparlo e ricaricarlo sottoscritto²¹⁰.

D'altro canto, una soluzione è oggi ricavabile dal Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82 del 2005), che, all'art. 20, comma 1-*bis*, da ultimo modificato dal d.lgs. n. 217 del 2017, sancisce che, per soddisfare il requisito della forma scritta, è necessaria e sufficiente una firma elettronica avanzata²¹¹.

Oltre alla questione relativa alla forma scritta della accettazione, allo stesso modo, ci si è posti il problema di come possa la clausola vessatoria essere approvata, via internet, separatamente dal resto del contratto. In assenza di regolamentazione specifica, la dottrina ha ricavato la soluzione al quesito, ipotizzando che il venditore debba predisporre nel sito *web* due diversi momenti di accettazione del programma contrattuale: in una prima fase, il contraente accetta le clausole vessatorie attraverso la pressione esercitata sulla finestra di accettazione; in una seconda fase, invece, egli esercita la medesima pressione su una finestra diversa per aderire al regolamento negoziale nel suo complesso²¹².

Al di là delle varie proposte dottrinali, è evidente come questo settore della contrattazione sia governato da un senso di incertezza, che sembra dover investire anche la vendita consumeristica *on-line*: l'art. 7, par. 5, invero, imponendo che l'accordo di deroga ai requisiti di conformità sia accettato in modo espresso e separato, ripropone il quesito in ordine alle modalità con le quali deve essere espressa la volontà del consumatore. D'altro canto, se la mancata menzione della forma scritta potrebbe far propendere per la

²⁰⁹ In questo senso, v. G. CASSANO – I.P. CIMINO, *Contratto via Internet e tutela della parte debole*, in *Contratti* 2002, p. 876; v. altresì G. CASSANO, *Le condizioni generali di contratto*, in A.A. V.V., *I contratti informatici*, a cura di R. CLARIZIA, Torino, Utet, 2007, p. 306 s.

Non ritiene che l'impiego della tecnica del *point and click* soddisfi il requisito della specifica approvazione per iscritto, di cui all'art. 1341, comma 2, c.c., neppure A. GEMMA, *L'accordo telematico*, in A.A. V.V., *I contratti informatici*, cit., p. 277.

²¹⁰ Sul punto, v. V.V. CUOCCI, *op. cit.*, p. 82 s.

²¹¹ Secondo la disposizione di cui all'art. 20, comma 1-*bis*, CAD, «*Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida*».

²¹² In questo senso v., G. CERDONIO CHIAROMONTE, *op. cit.*, p. 404, 407 e nt. 12, la quale cita la decisione del Giudice di Pace di Partanna del 2 febbraio 2002, n. 15, con la quale si affermava l'inefficacia della clausola vessatoria apposta in un contratto *on line* tra imprese, poiché, nel caso *de qua*, non era stata effettuata una doppia adesione, «premeo sull'apposito tasto: uno di adesione e l'altro di approvazione delle clausole cosiddette vessatorie» (p. 407). Sulla pronuncia in esame, v. anche G. CASSANO – I.P. CIMINO, *op. cit.*, p. 870 ss.

sufficienza della tecnica del *point and click*²¹³, accompagnata, eventualmente, da una previa registrazione del cliente al sito, e da effettuare in forma separata per il patto derogativo, rimangono pur sempre legittimi i dubbi in ordine alla effettiva tutela che attraverso tale tecnica si conferisce al consumatore, il quale potrebbe sempre ritenere che il beneficio tratto per la lettura della clausola derogatoria sia inferiore rispetto al risparmio del tempo e dunque non leggerla²¹⁴. Ed è proprio nell'ottica di garantire una effettiva tutela del consumatore che si pone quella parte della dottrina che afferma la nullità di tutte le clausole vessatorie inserite in contratti dei consumatori stipulati via internet. La nullità di tali clausole deriverebbe dall'assenza di un vera e propria trattativa individuale tra professionista e consumatore e dalla difficoltà di provare che il contratto non sia produttivo di uno squilibrio tra diritti e obblighi delle parti²¹⁵.

In ordine agli obblighi informativi del professionista nei confronti del consumatore, invece, la disciplina deve essere integrata con la disciplina dettata dalla direttiva 2011/83/UE, in tema di obblighi informativi precontrattuali – come si evince peraltro dal considerando n. 26 della direttiva del 2019 – che si rinviene, sul piano nazionale, agli artt. 49 ss. del codice consumo. Tuttavia, da tale disciplina non emerge cosa si debba intendere per informazione “specificata”, che pur impone l'art. 7, par. 5, della direttiva del 2019, in relazione al difetto di conformità. Dunque, è possibile solo ipotizzare che per soddisfare il requisito richiesto dalla direttiva in tema di vendita di beni di consumo, l'informativa, che dovrà essere sottoposta al consumatore, nel caso di vendita di beni *on-line*, già alla pagina dell'offerta telematica²¹⁶, dovrà essere redatta evidenziando la clausola derogatoria, in

²¹³ D'altro canto, già prima dell'entrata in vigore della direttiva (UE) 2019/771, la dottrina ha affermato che nei contratti dei consumatori, stipulati *on-line*, non si pone il problema della tipologia di firma elettronica da utilizzare, poiché non viene richiesta la forma scritta *ad substantiam*, ma la questione attiene alle modalità idonee alla manifestazione della volontà negoziale: manifestazione che può effettuarsi anche in assenza di una firma digitale (in tal senso, v. F. DELFINI, *op. cit.*, p. 67).

²¹⁴ Sul punto, v. G. PEDRAZZI, *Le clausole vessatorie nei contratti telematici con i consumatori*, in *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, a cura di E. TOSI, Milano, Giuffrè, 2012, p. 333; V.V. CUOCCI, *op. cit.*, p. 80.

²¹⁵ In questo senso, v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *op. cit.*, p. 405; cfr. altresì G. CASSANO – I.P. CIMINO, *op. cit.*, p. 873. Secondo A. GEMMA, *op. cit.*, p. 278, invece, la trattativa può essere considerata tale «solo al di fuori di delle forme di negoziazione, tipicamente *retail*, che avvengono con il semplice accesso al sito e l'adesione all'offerta unilateralmente predisposta».

D'altro canto, una parte della dottrina afferma che tra il consumatore e il professionista possano intercorrere, in ogni caso, delle reali trattative: il venditore da un lato effettua la sua offerta, descrivendo per ogni prodotto le relative caratteristiche, soggiacendo agli obblighi informativi previsti per i contratti stipulati a distanza; il consumatore, dall'altro lato, accetta l'offerta, attraverso una scelta operata tra i diversi beni offerti (cfr. S. GIOVA, *La conclusione del contratto via internet*, Napoli, ESI, 2000, p. 63 s.).

In generale, sulle trattative nel contesto del commercio telematico, v. F. BRAVO, *Le trattative nei contratti telematici*, in *Contratti 2003*, p. 739 ss.

²¹⁶ Cfr. E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 291, il quale sostiene che, in generale, nei contratti *on-line*, i doveri informativi in ordine al diritto di recesso devono essere

modo da far ricadere l'attenzione del consumatore su di essa, attraverso tecniche stilistiche d'impatto, e imponendo al cliente, come condizione per accedere al tasto virtuale inerente all'accettazione delle clausole e del contratto nel suo complesso, di selezionare il tasto virtuale corrispondente all'accettazione dell'informativa. Nell'ipotesi di vendite *on-line*, d'altro canto, assume rilievo anche il d.lgs. n. 70 del 2003, relativo agli obblighi informativi in ambito di commercio elettronico²¹⁷, che all'art. 12, comma 3, sancisce che «*Le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione*»: in base a tale disposizione, dunque, il sito *web* dovrebbe garantire altresì che il patto derogatorio possa essere scaricato e salvato dal consumatore.

D'altro canto, la formulazione dell'art. 7, par. 5, oltre che caratterizzata da espressioni generiche che devono essere oggetto di un'opera ermeneutica volta a chiarire la loro effettiva portata, si presenta altresì come incompleta ove non chiarisce le conseguenze della violazione delle prescrizioni imposte dalla disposizione stessa, a differenza di quanto invece sanciva l'art. 99, par. 3, CESL. Come già evidenziato, tale disposizione sanciva l'invalidità dell'accordo derogatorio, in caso di mancato rispetto delle prescrizioni previste dalla norma stessa. Invece, stando alla lettera della disposizione della direttiva (UE) 771/2019, non è possibile affermare se il patto stipulato in assenza della specifica informazione al consumatore o dell'accettazione espressa e separata debba considerarsi valido o invalido, efficace o inefficace, né se tale inefficacia attenga alla sola clausola o all'intero contratto di vendita.

Analizzando il tenore letterale dell'art. 7, par. 5, che esordisce con la formula “*Non vi è difetto di conformità...*”, si può ricavare che, a contrario, vi sia difetto di conformità nel caso in cui non si ottemperi alle prescrizioni della disposizione. La direttiva (UE) 2019/771, del resto, esattamente come l'art. 7 della direttiva del 1999, si limita ad affermare, all'art. 21, che i patti violativi delle norme attuative della direttiva non vincolano il consumatore.

Del resto, la norma attuativa dell'art. 21 della direttiva, ovvero l'art. 135-*sexies* cod. cons., sancisce la nullità dei patti anteriori alla comunicazione al venditore del difetto di conformità che limitino i diritti attribuiti al consumatore dalla normativa di matrice europea, facendo in ogni caso salvo quanto altrimenti disposto dalla disciplina prevista agli

espletati nella pagina dell'offerta, salvo la possibilità di fornire solo informazioni generiche e indicare un *link* tramite il quale accedere ad informazioni più dettagliate.

²¹⁷ Il d.lgs. n. 70 del 2003 ha attuato sul piano nazionale la direttiva 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico.

articoli precedenti. Attraverso una interpretazione a contrario, dunque, si può sostenere che la nullità è esclusa solo in caso di rispetto delle norme dettate dalla disciplina sulla vendita dei beni di consumo. Pertanto ove il patto derogatorio non rispetti le prescrizioni imposte dall'art. art. 7, par. 5, della direttiva, così come dall'art. 130, comma 4, cod. cons., esso dovrebbe considerarsi nullo, ai sensi dell'art. 135-*sexies* cod. cons.

Come già osservato in precedenza, tale nullità sembra doversi qualificare come nullità di protezione, stante quanto l'art. 135-*sexies* cod. cons. precisa con riguardo al regime di azionabilità di tale azione: la nullità, invero, può essere fatta valere solo dal consumatore e, allo stesso tempo, può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

La norma, tuttavia, nulla dice in ordine alle sorti dell'intero contratto, a fronte di una clausola nulla: questione peraltro già affrontata in dottrina, il relazione al vecchio art. 134 cod. cons.²¹⁸. La soluzione potrebbe forse ricavarsi dal regime della nullità di protezione, individuato all'art. 36 cod. cons., il quale, in ordine alle sorti del contratto a fronte della nullità di una clausola, sancisce che «*il contratto rimane valido per il resto*»²¹⁹. L'applicabilità di tale disposizione alla vendita consumeristica comporterebbe che, a fronte della nullità del patto derogatorio adottato nell'inosservanza delle prescrizioni dettate dalla direttiva, il contratto di vendita continuerebbe a produrre i suoi effetti: soluzione quest'ultima cui potrebbe giungersi anche ritenendo che la il patto derogativo adottato senza il rispetto delle prescrizioni previste sia non nullo ma meramente inopponibile al professionista, alla stregua di quanto prevede l'art. 1490, comma 2, c.c.

Ci si chiede, inoltre, se il regime della nullità di protezione sia applicabile anche nell'ipotesi di mancato rispetto dell'obbligo di informazione specifica, quantomeno ove il contratto sia stipulato *on-line*. Invero, nell'ambito dei contratti a distanza, trova applicazione l'art. art. 51, comma 2, cod. cons., il quale si limita a prevedere che il contratto concluso con mezzi elettronici, in caso di mancato adempimento dell'obbligo informativo imposto dall'art. 49, lettere a), e), q), r), cod. cons., non è per il consumatore

²¹⁸ Sul punto, v. L. DELOGU, *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., p. 556 s.; A.M. SINISCALCHI, *Limitazione di responsabilità nella «vendita» dei beni di consumo*, cit., p. 490, 493, s.; ID., sub *art. 134*, cit., p. 1021 s., secondo i quali, a fronte di una clausola nulla, ai sensi dell'art. 1519-*octies* c.c., poi sostituito dall'art. 134 cod. cons., il contratto rimane valido per la restante parte, sia alla luce del principio di conservazione del contratto, sia in adesione alla *ratio* della disciplina consumeristica, volta alla tutela del consumatore. In senso conforme v. anche P.M. PUTTI, sub *art. 1519-*octies**, cit., p. 82-84.

²¹⁹ In ordine all'applicabilità nella vendita di beni di consumo del regime dettato per la nullità di protezione relativa alle clausole vessatorie, v. A. ZACCARIA – G. DE CRISTOFARO, sub *art. 134*, *op. cit.*, p. 366 s., secondo i quali ai fini della conservazione del contratto, a fronte di una clausola nulla ai sensi del vecchio art. 134 cod. cons., non vi sarebbe stata la necessità di fare applicazione dell'art. 36 cod. cons., in quanto la validità del contratto sarebbe dipesa dal fatto che le clausole nulle sono sostituite di diritto, ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c., dalle norme, a cui si voleva derogare, dettate in tema di vendita di beni di consumo (cfr. altresì ID., *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 138).

vincolante²²⁰. E la mancata informazione al consumatore circa il difetto di conformità del bene potrebbe forse rientrare nell'ipotesi normativa descritta alla lettera a) dell'art. 49, che sancisce, genericamente, l'obbligo di fornire le informazioni relative alle caratteristiche principali del bene.

Da tali brevi considerazioni, è chiaro come il modello costruito dalla direttiva è destinato a generare incertezze tra gli operatori del diritto. D'altro canto, neppure il legislatore nazionale, in sede di attuazione dell'art. 7, par. 5, ha effettuato un'opera di specificazione della norma, limitandosi a riprodurla negli stessi termini. Il tutto è reso più complesso, del resto, alla luce dell'evoluzione del commercio *on-line*, che impone di rivedere le categorie finora conosciute, quali, ad esempio, il requisito della forma scritta.

²²⁰ In ordine all'incertezza sull'inquadramento giuridico del rimedio di cui all'art. 51, comma 2, cod. cons., v. A. ADDANTE, *Obblighi precontrattuali di informazione e tutela dei consumatori nei contratti telematici*, in A.A. V.V., *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, cit., p. 16.

Sezione IV

4. L'elisione dell'esimente della responsabilità del professionista alla luce della conoscenza e della conoscibilità del difetto da parte del consumatore e l'introduzione del principio di derogabilità della disciplina consumeristica: la soluzione alla molteplicità dei profili di criticità suscitati dalla disciplina precedente

Come più volte evidenziato, il sistema introdotto dalla direttiva (UE) 2019/771, attraverso l'elisione del principio secolare che faceva dipendere l'esclusione della responsabilità del venditore a fronte della conoscenza o conoscibilità del difetto da parte dell'acquirente e l'introduzione della facoltà per le parti di addivenire ad un accordo di deroga della disciplina di conformità del bene al contratto, appare risolutivo di molteplici dei profili di criticità suscitati dalla direttiva 1999/44/CE e, in particolare, dall'art. 2, par. 3.

In primo luogo, emerge come il modello elaborato dalla direttiva (UE) 2019/771 si presenti come di maggior favore per il consumatore rispetto a quello delineato dalla direttiva precedente: ai sensi dell'art. 2, par. 3, della direttiva del 1999, il consumatore veniva privato di tutti i diritti attribuiti dalla direttiva, in caso di conoscenza e conoscibilità del difetto; l'art. 7, par. 5, invece, ammette la perdita dei soli diritti sorgenti dal mancato rispetto dei requisiti oggettivi di conformità, premurandosi che ciò avvenga nella piena consapevolezza del consumatore. D'altro canto, l'esclusione di una norma come l'art. 2, par. 3, permette il superamento di tutte le difficoltà interpretative che, soprattutto con riguardo alla nozione di "ragionevole ignoranza", essa ha suscitato.

In secondo luogo, sotto un profilo più teorico che pratico, la nuova disciplina sembra maggiormente aderente ai principi fondanti il rapporto obbligatorio, escludendo la rilevanza della conoscenza e della semplice conoscibilità quali esimenti dell'inadempimento del professionista: questi, per non dover rispondere dell'obbligazione di consegna del bene conforme al contratto, deve stipulare un vero e proprio accordo derogativo con il consumatore, non bastando più la conoscenza e neppure la mera conoscibilità del difetto da parte di quest'ultimo.

In terzo luogo, il sistema delineato dalla direttiva sembra altresì più attento alla tutela del legittimo affidamento del consumatore: se il professionista può consegnare beni non conformi al contratto solo ove il consumatore esprima la propria volontà in tal senso, a maggior ragione, ove il venditore prometta certe qualità nel bene, egli non potrà essere liberato dalla relativa obbligazione, alla luce della sola conoscenza o conoscibilità del difetto di tali qualità da parte del consumatore.

In quarto luogo, l'abrogazione della norma di cui all'art. 2, par. 3, della direttiva del 1999 porta con sé anche la risoluzione di quella *quaestio* relativa all'applicazione dell'esimente ai soli contratti stipulati in presenza, con la conseguenza che ai contratti stipulati a distanza veniva applicato un regime differenziato. L'accordo di deroga ai requisiti di conformità può invece accompagnare tutti i contratti di vendita, siano essi stipulati in presenza o a distanza, purché, al momento della stipulazione del contratto, il consumatore sia specificamente informato del difetto e accetti espressamente e separatamente l'accordo in deroga.

4.1. *L'elevata tutela del consumatore, il bilanciamento degli interessi delle parti. Il superamento delle criticità interpretative suscitate dalla disciplina previgente*

In merito alla novità introdotta dalla direttiva (UE) 2019/771, che ammette espressamente la facoltà delle parti di derogare alla disciplina consumeristica, sono emerse talune critiche concernenti, per lo più, l'abbassamento di tutela di cui godrebbe il consumatore, rispetto all'impianto normativo precedente. In quest'ottica, la dottrina ha affermato che «l'introduzione della possibilità di deroga inevitabilmente finisce per aprire la strada – almeno nei segmenti di mercato propri dei beni di più spedita acquisizione e di minor importanza e impegno economico – ad un livellamento verso il basso del livello delle garanzie di conformità, per la natura stessa della contrattazione consumeristica»²²¹. Anche nella relazione del Nucleo di valutazione degli atti UE, relativo alla proposta di direttiva del 2017, si è osservato che, attraverso la deroga ai requisiti oggettivi di conformità, «si abbassa la tutela del consumatore rispetto all'art. 7 della dir. 99/44»²²².

A ben vedere, sotto il profilo della tutela del consumatore, rispetto alla precedente disciplina, dettata dalla direttiva del 1999, l'art. 7, par. 5, sembra innalzare, e non diminuire, la protezione accordata all'acquirente, in adesione alla *ratio* della direttiva, che mira ad attribuire al consumatore un alto livello di tutela.

Invero, in applicazione dell'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE, il consumatore veniva privato della tutela prevista per tutti i difetti di conformità – sia derivanti da mancanza di requisiti oggettivi che soggettivi – ove fosse semplicemente a conoscenza del difetto o fosse per lo stesso anche solo riconoscibile.

L'art. 7, par. 5., invece, elide qualsiasi riferimento alla semplice conoscenza o conoscibilità del difetto, richiedendo requisiti ben più stringenti al fine della esclusione

²²¹ Così A. BARENGHI, *op. cit.*, p. 812 s.

²²² V. p. 11 della Relazione.

della responsabilità del professionista: una approvazione della deroga separata ed espressa, oltretutto un'informativa specifica²²³. In questo modo, viene garantita non solo una conoscenza effettiva del difetto al consumatore, ma altresì che questi possa esprimere una volontà consapevole. Peraltro, la deroga è ammissibile, secondo la nuova disciplina, esclusivamente con riguardo ai requisiti oggettivi di conformità. Pertanto, per quanto attiene al difetto di conformità derivante dalla mancanza di requisiti soggettivi, non è mai possibile per il professionista liberarsi dalla relativa obbligazione, non rilevando più la conoscenza o la conoscibilità del difetto da parte del consumatore²²⁴.

D'altro canto, l'aumento del grado di tutela di cui beneficia il consumatore è speculare alla tutela degli interessi del professionista, cui viene concessa la facoltà di proporre al consumatore un accordo derogativo dei requisiti di conformità, con il quale viene ridotto il rischio di eventuali azioni nei suoi confronti per la presenza di un difetto di conformità²²⁵.

La novella, d'altra parte, tacita i molteplici quesiti interpretativi suscitati dalla formulazione di cui all'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE.

In primo luogo, attraverso l'esclusione dell'esimente di cui alla norma da ultimo citata, si dipana il già citato dibattito dottrinale sorto con riguardo all'interpretazione da attribuire al criterio della ragionevolezza, inteso come parametro attraverso cui valutare la riconoscibilità del difetto. Per vero, un primo ostacolo è sorto già in sede di attuazione della direttiva del 1999, ove si è reso necessario per il legislatore italiano procedere ad una sua interpretazione del termine, giungendo ad ancorare la conoscibilità al criterio dell'ordinaria diligenza, ai sensi dell'art. 129, comma 3, cod. cons. Tale operazione di interpretazione, peraltro, ha coinvolto tutti gli ordinamenti europei, con la conseguente frustrazione dell'obiettivo di armonizzazione del diritto degli Stati membri²²⁶.

Il criterio impiegato dal legislatore italiano, d'altra parte, ha comportato un difficile coordinamento non solo con le legislazioni di altri paesi aderenti all'Unione europea, ma altresì con la normativa interna dettata in tema garanzia per vizi che, all'art. 1491 c.c., richiede, ai fini dell'esclusione della responsabilità del venditore, che i vizi siano solo facilmente riconoscibili, senza citare il parametro della diligenza ordinaria²²⁷.

²²³ L'onere della prova circa la sussistenza di tali requisiti, peraltro, è carico del professionista (in questo senso, v. A. BARENGHI, *op. cit.*, p. 813).

²²⁴ In questo senso, v. G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, cit., p. 226.

²²⁵ In ordine all'innalzamento di tutela del consumatore e all'equilibrio tra interessi contrapposti, operato dalla nuova direttiva con l'art. 7, par. 5, vedi le considerazioni svolte in M. DIANIN, *op. cit.*, p. 832.

²²⁶ V. cap. II, nt. 1, 19.

²²⁷ V. cap. II, nt. 24, 25.

Da tali premesse, la dottrina e la giurisprudenza si sono operate per delineare i contorni del parametro a cui ancorare la conoscibilità del difetto e, premesso l'assunto per cui essa sia da verificarsi in concreto, stabilire quali siano le circostanze concretamente rilevanti, giungendo talvolta a soluzioni opposte, che hanno creato diverse incertezze in ordine all'applicabilità dell'esimente²²⁸.

Peraltro, seppur la direttiva (UE) 771/2019 non preveda più un'esimente al pari di quella prevista all'art. 2, par. 3, della direttiva del 1999, la nozione di "ragionevolezza" non è del tutto assente nel dettato normativo della nuova disciplina²²⁹. In quest'occasione, tuttavia, il legislatore europeo si occupa di fornire taluni elementi in più, onde evitare interpretazioni divergenti in ordine alla nozione. Invero, al considerando n. 24 viene precisato che «*La ragionevolezza dovrebbe essere accertata obiettivamente, tenendo conto della natura e dello scopo del contratto, delle circostanze della fattispecie, degli usi e delle pratiche vigenti presso le parti interessate*».

Sotto altro versante, la norma di cui all'art. 7, par. 5, può dirsi risolutiva di quel dibattito dottrinale, più volte menzionato²³⁰, avente ad oggetto l'ammissibilità di patti derogativi dei criteri presuntivi di conformità al contratto, ai sensi dell'art. 2, par. 2, dir. 99/44, che corrispondono, nel sistema elaborato dalla nuova direttiva, ai requisiti oggettivi di conformità. Valorizzando l'esimente della responsabilità del professionista che si fonda sulla conoscenza del difetto da parte del consumatore²³¹, di cui all'art. 2, par. 3, dir. 99/44, poteva invero sorgere l'interrogativo in ordine alla legittimità della esclusione della responsabilità del professionista, attraverso la stipulazione di un accordo con il consumatore, che accertasse la conoscenza del vizio da parte di quest'ultimo, in relazione alla mancanza dei requisiti presuntivi. Così, ad esempio, ci si è chiesti se fosse possibile inserire nel contenuto del contratto la precisazione che «il compratore accetta il bene pur se (o pur sapendo che) non è idoneo (o non lo è pienamente) a uno o ad alcuni degli impieghi ai quali viene applicato abitualmente, o non è capace di alcune delle prestazioni solitamente erogate, o non presenta tutte le qualità che si ci potrebbe attendere», nonché «siano stabiliti gli estremi in presenza dei quali deve ritenersi che il consumatore fosse (o dovesse essere) a conoscenza del difetto del bene compravenduto»²³².

²²⁸ V. cap. II, nt. 18 e 33.

²²⁹ In particolare, v. artt. 7, 13, 14, 16.

²³⁰ V. *supra*, sez. III, par. 3.1.

²³¹ Sul punto, v. L. DELOGU, *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., p. 543.

²³² Così ID., *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., p. 543 s.; interrogativo, quello evidenziato nel testo, che già si era posto G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 75.

Una risposta positiva al quesito si è tratta dal considerando n. 8 della direttiva 99/44, secondo il quale «*la presunzione non restringe il principio della libertà contrattuale delle parti*»²³³. In questo senso è sembrato militare lo stesso art. 7 della direttiva, che, nel prevedere la non vincolatività dei patti incidenti in senso peggiorativo sui diritti del consumatore, intervenuti prima che quest'ultimo comunicasse il difetto al venditore, lasciava intendere che i patti intervenuti successivamente fossero efficaci. La disposizione, peraltro, non specificava se tali accordi dovessero intervenire in un momento successivo al perfezionamento del contratto o potessero essere assunti anche contestualmente alla stipula del contratto di vendita, con la conseguenza che la dottrina si è orientata nel senso di ritenere rientranti nell'ambito applicativo della norma tutti i patti sia contestuali che successivi alla vendita, sempreché anteriori alla notifica al venditore del difetto di conformità²³⁴.

Vero è che, letteralmente, la norma sanciva la non vincolatività di quei patti anteriori alla “comunicazione” del difetto da parte del consumatore al venditore: tuttavia, la comunicazione al venditore del difetto implica la conoscenza dello stesso da parte del consumatore²³⁵. E tale considerazione lascia intendere che i patti in esame intervenissero, normalmente, dopo la stipula del contratto, quando il consumatore avesse riscontrato un difetto.

D'altra parte, emerge dal considerando n. 22 della direttiva del 1999 la volontà contraria del legislatore europeo alle stipulazioni di patti contestuali alla vendita, che presupponessero la conoscenza del difetto da parte del consumatore. Invero, secondo il considerando citato, il principio dettato dall'art. 7 «*dovrebbe applicarsi anche alle clausole che presumono che il consumatore era a conoscenza di tutti i difetti di conformità dei beni di consumo esistenti al momento della conclusione del contratto*».

Il considerando n. 22, tuttavia, sembra riferirsi alle sole c.d. clausole di stile²³⁶, la cui sottoscrizione non presuppone necessariamente la conoscenza del difetto da parte del consumatore e, per tale ragione, debbono ritenersi come non apposte al contratto. In questo

²³³ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 76; L. DELOGU, *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., p. 541 s.

²³⁴ V. A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, sub art. 134, cit., p. 355.

²³⁵ In questo senso, v. F. PADOVINI, sub art. 1519-octies, 1° comma, cit., p. 388.

²³⁶ Cfr., sul punto, L. DELOGU, *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, cit., p. 501 s.; ID., *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., p. 542 s.

senso vengono qualificate le clausole che prevedono, ad esempio, la vendita del bene «tal qual si trova», «come sta e giace», «nello stato di fatto (e di diritto) in cui si trova»²³⁷.

Nella diversa ipotesi in cui il consumatore fosse effettivamente a conoscenza del difetto, il dibattito in ordine all'ammissibilità di un patto volto a derogare alla disciplina della conformità del bene al contratto, sotto la vigenza della direttiva 1999/44/CE, non poteva dirsi sopito. Così, una parte della dottrina ha sostenuto l'inammissibilità di tali patti²³⁸, mentre secondo altri avrebbero dovuto considerarsi ammissibili purché, se limitativi in concreto della responsabilità del professionista, e non solo descrittivi dell'oggetto del contratto, fossero sottoposti al vaglio delle norme sulla responsabilità²³⁹.

La questione in esame può dirsi tuttavia tacitata dalla disciplina introdotta dalla direttiva (UE) 771/2019, in quanto viene espressamente prevista l'ammissibilità di patti, stipulati contestualmente alla vendita, volti alla deroga dei requisiti oggettivi di conformità, purché vengano osservate le prescrizioni imposte dalla disposizione di cui all'art. 7, par. 5²⁴⁰.

4.2. Verso una disciplina aderente ai principi fondanti il rapporto obbligatorio

Si è già osservato come l'adozione sul piano del diritto europeo del principio che esclude la responsabilità del venditore a fronte della conoscenza o conoscibilità del difetto da parte del compratore mal si concilia con il regime del rapporto obbligatorio.

Il confronto con i principi che regolano l'obbligazione nascente da contratto si è imposta alla luce dell'introduzione da parte della direttiva 99/44 di una vera e propria obbligazione in capo al professionista concernente la conformità del bene al contratto, ai sensi dell'art. 2, par. 1, della direttiva, secondo il quale il venditore è tenuto alla consegna di beni conformi al contratto, e ai sensi dell'art. 3, par. 1, secondo il quale il professionista risponde di qualsiasi difetto esistente al momento della consegna del bene, nonché alla luce

²³⁷ In questo senso, v. L. DELOGU, *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, cit., p. 501, nt. 19; ID., *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., p. 542, nt. 22. Cfr. altresì F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 581, nt. 1.

²³⁸ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., p. 76 ss.; A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, sub *art. 134*, cit., p. 359-361, secondo i quali consentire l'adozione di tali patti comportava il rischio di eludere il regime di tutela accordato al consumatore dalla direttiva, salva l'ammissibilità di patti a contenuto positivo, ovvero che specificassero le caratteristiche e qualità del bene (v. *supra*, nt. 132).

²³⁹ Cfr. L. DELOGU, *Il carattere imperativo della disciplina*, cit., p. 543 ss. e, in particolare, p. 553; cfr. altresì A.M. SINISCALCHI, *Limitazione di responsabilità nella «vendita» dei beni di consumo*, cit., p. 488 s.; ID., sub *art. 134*, cit., p. 1015 s.

²⁴⁰ In ordine a tale questione, v. altresì M. DIANIN, *op. cit.*, p. 832 s.

dei rimedi di tipo soddisfacente offerti dalla direttiva, quali la riparazione e la sostituzione del bene.

Si è anche già esaminato il dibattito che in dottrina è sorto in ordine alla qualificazione della natura della responsabilità del professionista: seppur, quasi all'unanimità, essa sia stata qualificata come responsabilità da inadempimento di un'obbligazione nascente da contratto, rompendo dunque l'orientamento tradizionale sorto con riguardo alla disciplina in tema di garanzia per vizi di cui all'art. 1490 ss. c.c., la dottrina si è mostrata divisa in ordine al tipo di prestazione oggetto dell'obbligazione gravante sul professionista. Da un lato, figurava la tesi secondo la quale oggetto dell'obbligazione del professionista era la conformità del bene al contratto²⁴¹; dall'altro, l'orientamento in base al quale tale obbligazione si concretizzava in una obbligazione di consegna avente ad oggetto il bene conforme al contratto²⁴².

Sul presupposto dunque che in capo al professionista gravasse una obbligazione in merito ai difetti del bene, ci si è chiesti se quel principio che attribuiva rilievo agli stati soggettivi del compratore al fine di escludere la responsabilità del venditore, ovvero liberarlo dalla sua obbligazione, in quanto principio sorto nell'ambito di un ordinamento, quello romano, che non qualificava la responsabilità del venditore come responsabilità da inadempimento di una obbligazione, potesse trovare una qualche giustificazione nel sistema delineato dalla direttiva 1999/44/CE.

Tale giustificazione per certo non era rinvenibile nel sistema dettato dal codice civile in tema di obbligazioni: invero, in caso di conoscenza o conoscibilità dell'inadempimento del debitore, il creditore non sarebbe stato privato, nel diritto interno, dei rimedi previsti in caso di mancato adempimento dell'obbligazione. Dunque, il trattamento riservato al consumatore nella direttiva sembrava più sfavorevole rispetto a quello riservato al creditore nel diritto interno.

In questo senso, è stato rilevato come l'art. 2, par. 3, si ponesse in contrasto con la *ratio* della direttiva europea, in quanto norma aggravante la posizione del consumatore, rispetto alla posizione del creditore, per come disciplinata dal codice civile.

La direttiva 2019/771/UE ripropone, per quanto attiene alla natura della responsabilità del professionista, lo schema della responsabilità per inadempimento di un'obbligazione, già elaborato dalla direttiva 1999/44/CE²⁴³. Tale considerazione trova

²⁴¹ V. cap. II, nt. 51.

²⁴² V. cap. II, nt. 54.

²⁴³ In questo senso, v. F. ADDIS, *op. cit.*, p. 17, secondo il quale le due direttive divergono, con riguardo all'aspetto esaminato, sotto il solo profilo lessicale, senza tuttavia che le differenze testuali incidano sulla natura della responsabilità del professionista.

conferma nella disposizione di cui all'art. 5, par. 1, della direttiva – attuato al nuovo art. 129, comma 1, cond. cons. – secondo il quale «*Il venditore fornisce al consumatore beni che soddisfano i requisiti di cui agli articoli 6, 7, e 8, se del caso, fatto salvo l'articolo 9*», nonché dalla norma di cui all'art. 10, par. 1, - attuato all'art. 133, comma 1, cod. cons. – secondo il quale «*Il venditore è responsabile nei confronti del consumatore di qualsiasi difetto di conformità sussistente al momento della consegna del bene e che si manifesta entro 2 anni da tale momento*». Contribuiscono alla qualificazione della responsabilità del professionista come responsabilità da inadempimento di un'obbligazione altresì i rimedi di carattere satisfattorio²⁴⁴, individuati agli artt. 13 e 14, che si sostanziano in riparazione e sostituzione.

La scelta del legislatore europeo del 2019 di escludere l'esimente in precedenza dettata all'art. 2, par. 3, appare, da un lato, coerente con la dogmatica dell'obbligazione, così come concepita dal diritto privato interno, dall'altro, aderente alla *ratio* della direttiva, volta alla tutela del contraente debole.

Peraltro, il patto con cui le parti possono derogare ai requisiti oggettivi di conformità, introdotto *ex novo* dalla direttiva del 2019, sembra porsi in una linea di continuità con la disciplina dell'obbligazione contrattuale, la quale ammette generalmente di essere derogata dall'autonomia privata, eccezion fatta per quanto sancito dall'art. 1229 c.c., applicabile, tuttavia, solo ove si aderisca alla tesi per cui i patti derogativi di conformità siano in concreto volti alla limitazione della responsabilità del professionista.

4.3. *Un sistema che tutela il legittimo affidamento del consumatore a fronte della dichiarazione del professionista circa la presenza di determinate qualità del bene*

Il sistema elaborato dalla direttiva (UE) 2019/771, attraverso la scelta di non attribuire alcuna rilevanza alla conoscenza e conoscibilità del difetto ai fini di escludere la responsabilità del professionista e, prevedere, invece, come unica modalità con la quale il consumatore possa essere privato dei rimedi previsti dalla direttiva a fronte di un difetto di conformità, la stipulazione di un accordo contrattuale, si presenta come un sistema fortemente teso alla valorizzazione dell'autonomia privata e, conseguentemente, del legittimo affidamento delle parti in ordine al contenuto del programma negoziale.

²⁴⁴ V. tuttavia A. BARENGHI, *op. cit.*, p. 817, il quale osserva come la nuova direttiva non introduca una qualificazione espressa dei rimedi.

Che la tutela del legittimo affidamento sia tanto più valorizzata quanto più si escluda la rilevanza a “fatti” che non appartengono al contenuto contrattuale è stato già osservato dai commentatori del CESL, in relazione all’art. 99, par. 3²⁴⁵.

Invero, sotto la vigenza della direttiva 1999/44/CE, la lesione alla tutela del legittimo affidamento del consumatore era riconducibile proprio al rilievo attribuito agli stati soggettivi di quest’ultimo, a discapito invece del contenuto negoziale.

Si è invero rilevato, nel corso del presente elaborato, come all’interno della nozione di difetto di conformità rientrassero tutte le declinazioni di difetto conosciute dall’ordinamento italiano, ovvero il vizio, in senso tecnico, la mancanza di qualità essenziali e promesse, e, seppur non pacifico in dottrina, l’*aliud pro alio*.

A partire da tale assunto, è stato osservato²⁴⁶ come l’esimente descritta dall’art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE potesse trovare applicazione anche laddove ad essere anche solo “conoscibili” fossero le qualità del bene promesse dal venditore. Dunque, anche a fronte di una dichiarazione del venditore concernente la presenza di determinate caratteristiche del bene non solo la conoscenza, ma anche la conoscibilità del difetto comportavano la perdita dei rimedi previsti a tutela del consumatore. Tuttavia, seppur la mancanza delle qualità promesse avrebbe potuto dirsi “conoscibile”, secondo i criteri imposti dalla direttiva, il consumatore ben avrebbe potuto non operare quell’esame che avrebbe garantito la scoperta del difetto, in base al legittimo affidamento che la dichiarazione del professionista avrebbe potuto generare: ciononostante, egli sarebbe stato privato dei diritti a lui altrimenti spettanti, in base alla direttiva europea.

Anche la direttiva (UE) 2019/771 sembra riferirsi al difetto di conformità come concetto unitario, come emerge dai suoi considerando, che evidenziano come la *ratio* della direttiva sia quella di uniformare il diritto degli Stati membri in tema di vendita di beni consumo, dettando una nozione di “conformità” del bene al contratto molto dettagliata e dalla quale non sia possibile, salvo quanto disposto dalla direttiva, discostarsi. Pertanto, sembra potersi affermare che anche nella nozione di difetto di conformità, dettata dalla direttiva del 2019, rientrino sia i vizi in senso tecnico, sia le qualità promesse ed essenziali, nonché l’ipotesi di *aliud pro alio*²⁴⁷.

Tuttavia, dal sistema elaborato dalla nuova direttiva emerge come sia attribuito rilievo alla solo volontà negoziale delle parti: solo l’autonomia privata, invero, può,

²⁴⁵ Cfr. F. ZOLL, sub *art. 99*, cit., p. 470.

²⁴⁶ V. cap. II, nt. 59.

²⁴⁷ V., tuttavia, G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l’attuazione della dir. UE 2019/771*, cit., p. 222, il quale afferma che la nuova direttiva non scioglie il dubbio in ordine all’applicabilità della disciplina all’ipotesi di *aliud pro alio*.

secondo le prescrizioni dettate dalla direttiva, incidere sui diritti che spettano al consumatore, derogando ai requisiti di conformità del bene al contratto. Non più la sola conoscenza o conoscibilità del difetto, ma unicamente un accordo negoziale, che il consumatore è chiamato ad accettare espressamente e separatamente, può privare quest'ultimo dei rimedi concessi dalla direttiva in ordine ad un determinato difetto di conformità.

In quest'ottica, la direttiva (UE) 2019/771 sembra tendere verso un sistema che tutela il legittimo affidamento della parte contrattuale, a fronte delle dichiarazioni rese da controparte. Invero, se la conoscenza e la conoscibilità del difetto non rilevano ai fini di escludere la responsabilità del professionista, deve ritenersi che, a maggior ragione, non rileveranno ove il professionista abbia dichiarato che il bene presenti determinate caratteristiche.

In conclusione, il superamento del rilievo attribuito alla conoscenza e conoscibilità del difetto dalla direttiva 1999/44/CE, foriero di un difficile coordinamento sistematico, operato con la direttiva (UE) 2019/771 ed, in particolare, dalla norma di cui all'art. 7, par. 5, che, tutelando l'autonomia delle parti, attribuisce giusto rilievo all'affidamento che viene ingenerato nel consumatore da parte del professionista circa la presenza o l'assenza di determinate caratteristiche del bene, non può che essere guardato con favore, rispetto anche a quello che è l'obiettivo della direttiva europea, di tutela della parte debole del rapporto contrattuale.

4.4. L'apposizione ai contratti stipulati a distanza del patto derogatorio della disciplina di conformità del bene al contratto

La formulazione dell'art. 2, par. 3, della direttiva 1999/44/CE, ha suscitato delle criticità sul piano applicativo, in ordine ai quei contratti rispetto ai quali la consegna del bene fosse successiva alla stipulazione del contratto di vendita. Invero, gli stati soggettivi del consumatore avrebbero potuti essere valutati solo "al momento della conclusione" del contratto, con conseguente inapplicabilità dell'esimente ove il consumatore non avesse potuto analizzare il bene in tale momento. La norma attuativa, l'art. 129, comma 3, cod. cons., del resto, riproduceva, sul punto, il testo della direttiva.

Pertanto, ove il contratto di vendita fosse stipulato a distanza, o fuori dai locali commerciali, nonché fosse stipulato un contratto di fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre, o un contratto di vendita di cosa futura o di vendita di cosa generica, l'esimente non avrebbe trovato applicazione.

In quanto norma di sfavore per il consumatore, non è possibile affermare che la non applicabilità della stessa a determinate ipotesi non trovasse conferma nella *ratio* della direttiva²⁴⁸. D'altro canto, essa conduceva a due regimi differenziati in base al contratto stipulato del consumatore: uno più favorevole, nel caso in cui il bene fosse destinato ad essere consegnato in un momento successivo al perfezionamento del contratto, ed uno meno favorevole, ove il contratto fosse stipulato in presenza.

Tale differenziazione in base alla modalità di conclusione del contratto o al tipo contrattuale stipulato non poteva certo trovare giustificazione nel sistema elaborato dalla direttiva del 1999. L'art. 3 della direttiva invero sanciva la responsabilità del professionista solo ove i difetti fossero presenti, non al momento della conclusione del contratto, ma al momento della consegna; il termine per la denuncia del difetto, d'altro canto, avrebbe potuto decorrere solo al momento della consegna, anche se il consumatore avesse rilevato i difetti in un momento precedente, ma successivo a quello del perfezionamento del contratto²⁴⁹.

Il sistema elaborato dalla direttiva (UE) 2019/771, invece, non conduce a nessun regime differenziato, in base al tipo di contratto stipulato o alle modalità in cui esso è concluso. Da un lato, invero, non riproduce la disposizione di cui all'art. 2, par. 3, dall'altro il patto di deroga può essere incluso in qualsiasi contratto stipulato dal consumatore, a prescindere dal momento di consegna del bene, purché vengano rispettate le prescrizioni imposte dall'art.7, par. 5.

Vero è che la disposizione da ultimo citata impone che l'accordo derogativo sia stipulato contestualmente alla conclusione del contratto, ma esclude la necessità di un esame preventivo del bene, ovvero la necessità che il bene sia presente al momento della vendita: tale onere viene escluso dallo stesso obbligo informativo che grava sul professionista in ordine al difetto di conformità.

Ci si chiede del resto se, nel caso di contratti nei quali il bene al momento della vendita ancora non è esistente, possa ugualmente prevedersi un accordo di deroga per quei difetti che al momento della consegna potrebbero sussistere: ad esempio, nei casi di contratto di fornitura di beni da fabbricare o produrre o di vendita futura. Se da un lato pare doversi escludere una risposta positiva a tale quesito alla luce del dato letterale della disposizione, che prevede che il consumatore debba essere "specificamente informato" in ordine alla mancanza di una "caratteristica particolare del bene", dall'altro parrebbe doversi ammettere, ove si ritenesse che tali espressioni vengano impiegate dalla direttiva

²⁴⁸ V. cap. II, nt. 104 e 108.

²⁴⁹ V. cap. II, nt. 96.

non tanto presupponendo che il difetto già sussista al momento della stipula della accordo, ma che sia la descrizione riguardo al difetto, che ben può presentarsi solo al momento della consegna, a dover essere, già al momento della stipula, specifica e non generica. Dunque, il professionista non sarà chiamato a rispondere di quei difetti che, seppur non esistenti al momento della vendita, abbia, già in sede di stipulazione, previsto e descritto in modo specifico.

4.5. Conclusioni. Il rilievo della conoscenza del consumatore al momento della conclusione del contratto, alla luce del principio di buona fede e dell'abuso del diritto

Ciò che emerge con chiarezza dal quadro fin ora delineato è il definitivo superamento, nell'ambito del diritto europeo della vendita, di quel principio di tradizione secolare che assegnava il ruolo di esimente della responsabilità del venditore alla conoscenza e conoscibilità del difetto da parte del compratore. Un superamento che trova la propria ragione nella valorizzazione dell'autonomia privata, alla quale viene attribuito sempre più spazio, fino ad ammettere che essa possa derogare alla disciplina della conformità del bene al contratto. Il modello così delineato dalla direttiva (UE) 2019/771 rappresenta, al di là delle specifiche critiche che vi si possono muovere, un modello per certo innovativo, il quale, data la sua novità, non potrà che essere accolto con un certo entusiasmo e, allo stesso tempo, una certa diffidenza.

In conclusione della disamina che fin qui ha condotto l'elaborato, tuttavia, rimangono da chiarire taluni interrogativi in ordine alla effettiva portata della conoscenza del difetto da parte del consumatore, nel sistema introdotto dalla direttiva (UE) 2019/771. Invero, posto che la conoscibilità del difetto non rileva più quale esimente della responsabilità del professionista, ci si chiede se quantomeno l'effettiva conoscenza del difetto da parte del consumatore, al momento della conclusione del contratto, possa avere, in determinate ipotesi, una qualche incidenza sui diritti che sono attribuiti al compratore dalla direttiva.

Si pensi al caso in cui il consumatore, pienamente consapevole circa la presenza di difetti di conformità nel bene, ciononostante proceda alla stipula della compravendita, per poi azionare i rimedi previsti in caso di difetto di conformità, eventualmente dopo aver utilizzato il bene per un certo periodo. Tale pratica, peraltro, non troverebbe neppure ostacolo nel breve termine per denunciare il difetto, in quanto detto onere viene escluso dalla normativa italiana di attuazione della direttiva.

Appare evidente come tale condotta del consumatore si configuri, già in base al senso comune, come “scorretta” nei confronti di controparte. Sorge pertanto spontaneo chiedersi se essa trovi una limitazione sotto il profilo normativo e, segnatamente, se essa sia riconducibile alla violazione dei principi di buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali, ovvero ad un comportamento “abusivo” del compratore²⁵⁰.

Nell’ordinamento nazionale, il principio di buona fede contrattuale²⁵¹ trova il proprio fondamento nella Carta Costituzionale, che, all’art. 2, richiama il dovere di solidarietà tra i consociati²⁵². D’alto canto, diverse norme del codice civile fanno riferimento al principio di buona fede, tra le quali si segnala l’art. 1175 c.c., che sancisce che il creditore e il debitore debbono comportarsi secondo correttezza; l’art. 1337 c.c., che prescrive l’impiego della buona fede nella fase delle trattative contrattuali; l’art. 1375 c.c., il quale invece concerne la fase esecutiva del contratto, imponendo una condotta secondo buona fede anche nell’esecuzione del programma contrattuale²⁵³.

Da tali disposizioni, emerge come il principio di buona fede sia destinato a trovare applicazione in ogni fase del rapporto contrattuale: esso è il principale criterio di valutazione della condotta delle parti contrattuali, sulle quali grava il dovere di fare ciò che è nelle loro capacità per salvaguardare gli interessi di controparte, nei limiti in cui tale condotta non comporti un sacrificio dei propri²⁵⁴.

Nei contratti sinallagmatici, in particolare, la buona fede assume a criterio di valutazione dell’imputabilità dell’inadempimento. In quest’ottica, ad esempio, è stata accolta dal giudice di merito la domanda di risoluzione del preliminare avanzata dai promittenti venditori, in quanto è stata valutata come contraria a buona fede la condotta del

²⁵⁰ V. M. DIANIN, *op. cit.*, p. 833 s.

²⁵¹ La buona fede di cui si tratta è la buona fede c.d. oggettiva, che si traduce in un modello di condotta: essa si distingue dalla buona fede c.d. soggettiva, che invece si oppone alla mala fede, ovvero allo stato di conoscenza della lesione dell’altrui diritto (v. G. FINAZZI, *Correttezza e buona fede*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. GAROFALO, Milano, Cedam, 2018, p. 13; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 1 ss.).

²⁵² In questo senso v. F. RICCI, *Buona fede e rimedi*, in *Contratto e impr. – Europa* 2013, p. 634; G. FINAZZI, *op. cit.*, p. 4 s., 29 ss., secondo il quale il dovere di correttezza emerge altresì dalle disposizioni di cui agli artt. 4, 36, 37 e 41 della Costituzione.

²⁵³ Sul punto, v. F. RICCI, *Buona fede e rimedi*, cit., p. 633 s., il quale riporta altre norme del codice civile da cui emerge il rilievo della buona fede oggettiva, ovvero gli artt. 1749, 1338, 1358, 1359, 1355, 1366, 1746, 1460 c.c.; v. altresì G. FINAZZI, *op. cit.*, p. 10 ss.

²⁵⁴ In questo senso, v. C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *R. d. civ.* 1983, I, 209 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA-P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2001, p. 497, secondo il quale «la buona fede obbliga ciascuna parte a comportarsi - nell’ambito del rapporto contrattuale - in modo da non pregiudicare, e anzi *salvaguardare il ragionevole interesse di controparte, quando ciò non comporti a suo carico nessun apprezzabile e ingiusto sacrificio*»; cfr. altresì G. FINAZZI, *op. cit.*, p. 1365 ss.

In ordine alle difficoltà riscontrate in dottrina nell’individuazione della nozione di “buona fede”, v. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 8 ss.

promissario acquirente che si sia rifiutato di stipulare il contratto definitivo per vizi dell'immobile, nel quale tuttavia questi aveva già abitato per diversi mesi prima della data del definitivo: infatti, «non esegue il contratto in buona fede chi si appropria delle utilità che esso produce e ne respinge gli effetti dannosi»²⁵⁵.

Sul piano internazionale, il principio di buona fede viene consacrato come principio di carattere generale ad applicazione transfrontaliera, a partire dalla rilevanza che viene ad esso attribuita dalla Convenzione di Vienna del 1980. Segnatamente, mentre l'art. 7, par. 1, sancisce l'applicazione del principio di buona fede come criterio interpretativo della Convenzione, il paragrafo 2 richiama i "principi generali", a cui si ispira la Convenzione, imponendo la loro applicazione alle questioni non regolate dalla stessa. Ed è proprio in questi principi di carattere generale, cui fa riferimento la Convenzione, che la dottrina ravvisa il principio di buona fede nei rapporti contrattuali, che dunque non viene relegato al ruolo di criterio di interpretazione della Convenzione, ma assume una dignità differente, in quanto principio di carattere generale regolante i rapporti tra le parti contrattuali²⁵⁶.

Alla buona fede, d'altra parte, quale principio applicabile al contratto, fanno riferimento anche i principi elaborati dall'*Unidroit*. Segnatamente, all'art. 1.7, comma 1, viene sancito un dovere in capo alle parti di comportarsi secondo buona fede nel commercio internazionale; principio il cui rispetto viene imposto dalla norma, resa peraltro inderogabile dal comma 2, sia nella fase precontrattuale che esecutiva del rapporto²⁵⁷.

Nell'ambito dell'ordinamento europeo, si segnalano invece i progetti relativi alla produzione di un diritto comune dei contratti, i quali hanno sempre attribuito gran rilievo al principio di buona fede²⁵⁸. In primo luogo, la buona fede è assunta come principio di carattere generale dal *Draft of a Common Frame of Reference* (D.C.F.R.) del 2008, successivo al c.d. P.E.C.L., che reca i "Principi del Diritto Comune Europeo dei contratti". Entrambi i testi di *soft law* sanciscono come la buona fede sia non solo criterio di interpretazione del contratto (art. 5: 102, lett. g, P.E.C.L.; art. II - 8:102, comma 1, lett. g, D.F.C.R.), con funzione altresì integrativa (art. 6: 102, lett. c, P.E.L.C.; art. II - 9:101, comma 2, lett. c, D.F.C.R.), ma esso consista anche in un criterio di condotta da rispettare nelle relazioni contrattuali (art. 1:201 P.E.C.L.; art. I - 1:103 D.F.C.R.), sia nella fase

²⁵⁵ Così G. FINAZZI, *op. cit.*, p. 1265 s., il quale riporta la pronuncia della Corte d'Appello di Bari del 29 gennaio 1963 (v. nt. 23).

²⁵⁶ Cfr. A. SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 37 ss., secondo il quale le norme di cui agli artt. 16, comma 2, lett. b), 36, 47 e 85 ss. della Convenzione di Vienna rappresentano la diretta manifestazione del principio di buona fede.

²⁵⁷ Cfr. A. SPADAFORA, *op. cit.*, p. 51 ss.; in ordine al ruolo del principio di buona fede nell'ambito dei Principi Unidroit, v. F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale* (Gross disparity), in *R. d. priv.* 1999, p. 59 ss.

²⁵⁸ V. sul punto F. RICCI, *Buona fede e rimedi*, cit., p. 639 ss.

precontrattuale (art. 2:301 P.E.C.L.; art. II. – 3:301 D.F.C.R), che nella fase di esecuzione del contratto (art. III. – 1:103 D.F.C.R). Dall’art. I. – 1:103, comma 1, D.F.C.R. si ricava peraltro una definizione di buona fede oggettiva: «*The expression “good faith and fair dealing” refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question*».

La nozione di “buona fede” si ricava d’altro canto anche dal testo del CESL²⁵⁹, il quale, già nella relazione di accompagnamento, attribuiva carattere generale al principio di buona fede, sancendo che «*La parte I "Disposizioni preliminari" espone i principi generali di diritto dei contratti che tutte le parti sono tenute a rispettare nei loro scambi, come la buona fede e la correttezza*». All’art. 2, lett. b), delle disposizioni preliminari, sanciva come la buona fede e la correttezza costituissero «uno *standard* di condotta caratterizzato da onestà, lealtà e considerazione degli interessi dell'altra parte della transazione o del rapporto in questione», riproducendo l’art. I. – 1:103, comma 1, D.F.C.R. Veniva altresì specificato, all’art. 2, par. 1, che «*Le parti sono tenute ad agire secondo buona fede e correttezza*»²⁶⁰. Infine, il canone della buona fede veniva impiegato in altre disposizioni preliminari, come metro di valutazione della condotta delle parti contrattuali, oltreché in funzione integrativa del contratto (68, par. 1, lett. c) e di interpretazione dello stesso (art. 59, lett. h)²⁶¹.

Per quanto attiene alle conseguenze giuridiche derivanti dalla condotta lesiva del canone della buona fede, vengono individuate sul piano europeo molteplici soluzioni, che non si distanziano da quelle individuate dall’ordinamento nazionale²⁶². Il D.C.F.R. ne delinea diverse, in relazione alle fattispecie che di volta in volta si verificano: una condotta contraria a buona fede può condurre all’annullamento del contratto, all’annullamento o all’inefficacia di clausole abusive ovvero può far sorgere in capo al soggetto, che pone in essere la condotta lesiva del principio buona fede, un dovere di risarcire i danni

²⁵⁹ V. F. RICCI, *op. ult. cit.*, p. 641 s.

²⁶⁰ Secondo il considerando n. 31 della proposta di Regolamento, inoltre, «*È auspicabile che la collaborazione fra le parti sia improntata al principio della buona fede e della correttezza. Alcune disposizioni costituiscono manifestazioni specifiche del principio generale della buona fede e della correttezza e dovrebbero pertanto prevalere sul principio generale, che quindi non deve servire per modificare gli specifici diritti e obblighi delle parti definiti nelle norme. Gli obblighi concreti che discendono dal principio della buona fede e della correttezza dovrebbero dipendere anche dal livello relativo di perizia delle parti e non essere quindi gli stessi nelle transazioni tra imprese e consumatori e nelle transazioni fra imprese. Nei rapporti tra imprese, è opportuno che le buone pratiche commerciali della specifica situazione interessata costituiscano un fattore rilevante a questi fini*».

²⁶¹ Sul punto, v. F. RICCI, *Buona fede e rimedi*, p. 642.

²⁶² In ordine alle conseguenze giuridiche dettate dall’ordinamento nazionale, a fronte della violazione del dovere di buona fede e correttezza, v. G. FINAZZI, *op. cit.*, p. 1489 ss.

provocati²⁶³. Il CESL, d'altra parte, al paragrafo 2, dell'art. 2, sanciva che «*La violazione di tale dovere può precludere alla parte l'esercizio di un diritto, di un rimedio o di un'eccezione di cui potrebbe altrimenti valersi, oppure può renderla responsabile per qualsiasi danno derivante dalla violazione all'altra parte*».

Ai sensi della disposizione da ultimo citata, dunque, la violazione del dovere di correttezza e buona fede avrebbe potuto non solo generare un obbligo di risarcimento dei danni, ma anche comportare la preclusione di ogni diritto altrimenti vantato. Sotto quest'ultimo profilo, l'art. 2, par. 2, del CESL richiamava il meccanismo con cui opera il rimedio dell'*exceptio doli generalis*, esperibile in caso di abuso del diritto²⁶⁴.

Strettamente connesso al principio della buona fede, infatti, è la figura dell'abuso del diritto. Sul piano nazionale, essa è frutto dell'opera giurisprudenziale: il codice civile, invero, non prevede espressamente un istituto riconducibile a tale figura, che tuttavia la dottrina, nel tentativo di ancorarla al dato normativo, ha individuato nel dettato di cui all'art. 833 c.c., in tema di atti emulativi²⁶⁵.

D'altro canto, è solo grazie all'intervento di una celebre pronuncia della Corte di Cassazione del 2009, che ne sono stati definiti i presupposti, gli elementi costitutivi e le conseguenze giuridiche. Secondo tale pronuncia, invero, affinché si configuri la figura dell'abuso del diritto, il soggetto deve essere in primo luogo titolare di un diritto; tale diritto deve essere esercitabile, in astratto, tramite modalità differenziate; tuttavia, l'esercizio in concreto del diritto deve avvenire con modalità volte al raggiungimento di un fine diverso da quello per il quale la norma conferisce il diritto; infine, tale condotta deve cagionare un danno riscontrabile nella disparità creatasi tra il beneficio di cui gode il titolare del diritto e il sacrificio cui è sottoposta controparte²⁶⁶.

Sotto il profilo delle conseguenze giuridiche dell'abuso di diritto, la pronuncia in esame ha chiarito come il soggetto titolare del diritto, il quale ponga in essere la condotta qualificabile come abusiva, venga privato di ogni tutela giuridica, altrimenti invocabile. In

²⁶³ Sul punto, v. F. RICCI, *op. ult. cit.*, p. 645.

²⁶⁴ In questo senso, v. ID., *ivi*, p. 646.

²⁶⁵ Sul punto, v. G. FINAZZI, *op. cit.*, p. 45 s.; F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 70 s., il quale, tuttavia, segnala come il divieto di abuso del diritto assuma anche rilevanza costituzionale, evidenziando, in particolare, come tale divieto si ricavi altresì dagli artt. 41, comma 2, e 42, comma 2, Cost. (v. p. 69).

²⁶⁶ Si tratta della celebre pronuncia di Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti* 2010, p. 5 ss., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*. In senso critico rispetto alla decisione in esame, v. M.R. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in A.A. V.V., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, Giappichelli, 2010, p. 69 ss. Tra i commentatori della pronuncia v. altresì M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in A.A. V.V., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., p. 99 ss.

altri termini, colui che agirà in giudizio per vedere tutelato il diritto di cui è legittimo titolare, ma che è stato esercitato in modo “abusivo”, vedrà la sua azione paralizzata dalla c.d. *exceptio doli generalis*²⁶⁷, azionabile da controparte.

Tale pronuncia è altresì rilevante, non solo in quanto delinea con precisione i contorni entro i quali è ravvisabile la figura dell’abuso del diritto e vi riconnette determinate conseguenze giuridiche, ma anche perché specifica il rapporto tra abuso del diritto e buona fede oggettiva, stabilendo che «criterio rivelatore della violazione dell’obbligo di buona fede oggettiva è quello dell’abuso del diritto». Ed invero, il principio di buona fede, secondo la S.C., è parametro nella valutazione della condotta delle parti, mentre la figura dell’abuso del diritto prospetta la necessità di una correlazione tra il potere conferito e la *ratio* della norma attributiva del potere stesso²⁶⁸.

Allo stesso tempo, il principio di buona fede sembra porsi come parametro per valutare la condotta abusiva²⁶⁹. Ed invero, il soggetto che concretizza, con la propria condotta, un abuso del diritto, esercita il proprio diritto con modalità contrarie allo scopo della norma attributiva del potere. Ma è sotto il profilo della buona fede che si valuterà se la condotta del soggetto si discosta dalla *ratio* della norma attributiva del diritto.

Nell’ambito del diritto dell’Unione europea, la figura dell’abuso del diritto non è figura sconosciuta, bensì trova fondamento sia nella normativa europea, che nelle pronunce della Corte di Giustizia, seppur essa assuma una accezione in parte diversa da quella della figura delineata dall’ordinamento nazionale.

Sancisce il divieto dell’abuso del diritto, in primo luogo, l’art. 54 della Carta europea dei diritti fondamentali, anche detta Carta di Nizza, resa definitiva nel 2007²⁷⁰, dotata di rilevanza giuridica nell’ambito dell’ordinamento comunitario, attraverso il Trattato di Lisbona. La disposizione citata, rubricata, per l’appunto, “*Divieto dell’abuso di diritto*”, prevede che «*Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un’attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta*».

²⁶⁷ Per un approfondimento in ordine a tale eccezione, che trova origine nel diritto romano, v. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 431 ss.; G. FINAZZI, *op. cit.*, p. 1616 ss.

²⁶⁸ Tra i commentatori della sentenza in esame, v. altresì G. FINAZZI, *op. cit.*, p. 52 ss. e, in particolare, p. 57, ove l’A. osserva come non sia del tutto pacifica la correlazione tra buona fede e abuso del diritto. Sui rapporti non sempre pacifici in dottrina tra buona fede e abuso di diritto v. altresì F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 375 ss.

²⁶⁹ Cfr. sul punto I.L. NOCERA, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *R. trim. d. proc. civ.* 2014, p. 1464, secondo il quale «la buona fede costituisce lo standard valutativo delle condotte ovvero il filtro di giudizio per discriminare nel caso concreto l’abuso».

²⁷⁰ G.U.U.E. C 303/17 del 14 dicembre 2007.

La disposizione da ultimo citata, per vero, si limita a riprodurre, senza variazioni, l'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU). Già tale norma, tuttavia, suscitava taluni profili di criticità: la dottrina ha osservato invero come nei pochi casi in cui il divieto dell'abuso del diritto trovava applicazione, esso fosse impiegato per dirimere un conflitto tra i diritti attribuiti al singolo dalla CEDU - quali diritto alla libera espressione, alla vita privata, alla libertà di religione - e le finalità perseguite dallo Stato aderente alla CEDU, al fine di tutelare lo spirito democratico della nazione²⁷¹. In altri termini, il divieto di abuso del diritto, per come regolato dalla CEDU, così come dalla Carta di Nizza, opererebbe nei confronti dello Stato e sarebbe volto ad evitare che il singolo sia soggetto all'abuso di libertà fondamentali²⁷² - riconosciute dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla Convenzione - ad opera dello Stato, in forza dell'applicazione del diritto interno.

Altra fonte scritta, da cui si desume la portata dell'abuso del diritto, è ricavata dalla dottrina²⁷³ nel dettato normativo di cui all'art. 4, par. 3, del T.U.E., secondo il quale «*Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione*». Anche dal dettato di tale disposizione, emerge tuttavia come il divieto dell'abuso del diritto, nelle fonti di matrice europea, sia destinato ad operare nei rapporti tra Stati membri e ordinamento UE, mentre non sembra potersi ritenere applicabile nei rapporti contrattuali tra privati. Invero, nell'ottica comunitaria, l'imposizione del divieto di abuso del diritto mira a tutelare il dovere di cooperazione e collaborazione da parte degli Stati membri con l'Unione europea.

Che la nozione di abuso di diritto a livello comunitario abbia dei connotati differenti da quella elaborata a livello nazionale, emerge altresì dalle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Nelle sentenze della CGUE, il divieto dell'abuso del diritto, pur talvolta accostato al principio di buona fede²⁷⁴, attiene per lo più ai rapporti tra cittadini e Stato membro. Invero, i casi su cui si è pronunciata la Corte consistono in fattispecie in cui il cittadino ha posto in essere una condotta contraria al diritto interno, appellandosi all'esercizio di un diritto attribuito dall'Unione europea, finendo tuttavia per esercitare in

²⁷¹ In questo senso v. G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contratto e impr.* 2015, p. 249 s.; sul punto, v. altresì F. LOSURDO, *op. cit.*, p. 118 ss.

In ordine a taluni casi in cui ha trovato applicazione l'art. 54 della Carta di Nizza, v. Id., *ivi*, p. 148 ss.

²⁷² Secondo F. LOSURDO, *op. cit.*, p. 113, l'art. 17 CEDU contiene una «clausola sull'abuso delle libertà fondamentali».

²⁷³ In questo senso, v. G. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 250.

²⁷⁴ V. Id., *ivi*, p. 251.

concreto tale diritto per uno scopo diverso da quello sotteso alle norme di diritto comunitario²⁷⁵.

Dal quadro appena delineato, emerge come, nell'ordinamento comunitario, l'abuso del diritto non sia figura che attiene all'esercizio di diritti soggettivi, ovvero non concerne ipotesi in cui un soggetto titolare del diritto lo esercita in modo divergente rispetto allo scopo della norma, ledendo gli interessi altrui. L'abuso, nel diritto UE, è un «abuso del diritto *oggettivo*», ovvero un «*abuse of law*» e non «*abuse of rights*»²⁷⁶; ragion per cui, secondo la dottrina, in sede di armonizzazione del diritto dei contratti, non è mai stata fatta menzione di tale figura²⁷⁷.

Ciò non significa che, anche nell'ambito dell'Unione europea, la figura dell'abuso del diritto non sia mai stata ravvisata in relazione ai rapporti privati, seppur in sporadiche occasioni. Invero, si segnala a tal proposito una pronuncia della Corte di Giustizia²⁷⁸, la quale è intervenuta nell'ambito di un conflitto tra professionista e consumatore, al quale veniva richiesto da parte del primo il pagamento di una indennità, prevista in base al diritto interno, quale corrispettivo per l'utilizzo del bene acquistato, nel periodo di tempo antecedente all'esercizio del diritto di recesso. In particolare, alla Corte veniva richiesto di pronunciarsi in ordine al seguente quesito: «se l'art. 6, nn. 1, secondo periodo, e 2, della direttiva 97/7 debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale

²⁷⁵ Sul punto v. F. LOSURDO, *op. cit.*, p. 135 ss. e, in particolare, p. 144, ove sintetizza lo schema tipico dei casi sottoposti alla CGUE. L'A., tra gli altri, cita il caso *Van Binsbergen* (C-33/74), ove per la prima volta la CGUE ha affrontato il tema dell'abuso del diritto di matrice comunitaria e, in particolare, del diritto alla libera circolazione dei servizi (v. p. 135 s.): il caso riguardava un cittadino olandese che, trasferitosi in Belgio, si vedeva escluso, in base al diritto olandese, dalla possibilità di continuare a svolgere il lavoro di rappresentante legale in una causa ancora pendente in Olanda. In questo caso la CGUE, pur accogliendo il ricorso del cittadino, chiariva che la libertà alla circolazione dei servizi, di cui all'art. 49 del T.U.E., non può essere esercitata allo scopo di sottrarsi alle norme del diritto interno.

Sul punto, cfr. G. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 250 ss., il quale cita, al tal proposito, il caso *Italmoda* (C-131/13), in tema di evasione dell'IVA, e il caso *Torresi* (C-58/13), ove si discuteva in ordine all'abuso del diritto interno relativo al titolo di abilitazione per la professione forense, abuso operato invocando la libertà di stabilimento. Nel caso *de quo*, in realtà, la CGUE rigettava il ricorso del Consiglio Nazionale Forense, sul presupposto dell'assenza dell'intento di ottenere un indebito vantaggio.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, in realtà, viene chiarito in dottrina che nelle pronunce della CGUE, generalmente, l'accertamento dell'abuso di diritto avviene su basi oggettive, non rilevando l'intenzione del soggetto di ottenere un vantaggio dall'elusione delle norme comunitarie, salvo che le circostanze del caso concreto non impongano una valutazione in tal senso (v. F. LOSURDO, *op. cit.*, p. 144; cfr. altresì G. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 251).

²⁷⁶ Così G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, cit., p. 259 s.

²⁷⁷ Sul punto, v. ID., *ivi*, p. 260.

²⁷⁸ Vedi CGUE, sez. I, 3 settembre 2009, C-489/07, commentata da S. PAGLIANTINI, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore (a proposito di C. Giust. CE, 3 settembre 2009, C-489/07)*, in A.A. V.V., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., p. 165 ss.

la quale preveda che il venditore possa chiedere al consumatore un'indennità per l'uso di un bene acquistato tramite contratto a distanza qualora quest'ultimo abbia esercitato il suo diritto di recesso entro i termini». Nel rispondere positivamente al precedente quesito, la Corte osserva che «questo stesso articolo non osta a che venga imposto al consumatore il pagamento di un'indennità per l'uso di tale bene nel caso in cui *egli abbia fatto uso del detto bene in un modo incompatibile con i principi del diritto civile*, quali la *buona fede* o l'arricchimento senza giusta causa, a condizione che non venga pregiudicato il fine della detta direttiva e, in particolare, l'efficacia e l'effettività del diritto di recesso, cosa che spetta al giudice nazionale determinare». Nel caso *de quo*, invero, il consumatore aveva esercitato il diritto di recesso ben 11 mesi dopo la stipulazione del contratto, asserendo l'inadempimento del professionista degli obblighi informativi. Dunque, nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, il consumatore, pur titolare del diritto di recesso, lo avrebbe esercitato in mala fede, rispetto alla *ratio* della norma attributiva dello stesso.

D'altra parte, nel diritto di matrice comunitaria è stata ravvisata dalla dottrina una tensione alla tutela di eventuali squilibri contrattuali tra le parti, operata attraverso la disciplina del divieto di abuso della libertà di concorrenza, ove si tratti di imprese, ovvero attraverso la disciplina in tema di clausole vessatorie, ove si tratti di contratti consumeristici²⁷⁹.

In quest'ultimo settore, il principio dell'abuso del diritto è stato declinato in «abuso della libertà contrattuale»²⁸⁰. Invero, secondo una tesi dottrinale, in caso di predisposizione unilaterale del contenuto contrattuale, sorgerebbe il rischio che si concretizzi un abuso della autonomia contrattuale, che, in assenza della disciplina in tema di clausole vessatorie, non potrebbe altrimenti essere sanzionato. Invero, il professionista che introduce nel contratto una clausola vessatoria opera nei limiti della liceità, in quanto deroga ad un diritto dispositivo, ma “abusa” della libertà contrattuale concessa dall'ordinamento di predisporre unilateralmente le clausole contrattuali, per esigenze di impresa. E la disciplina in tema di clausole vessatorie è volta proprio ad evitare che tale abuso si sostanzii²⁸¹.

A ben vedere, neppure l'abuso del diritto, nella formulazione appena descritta, contribuisce a descrivere l'ipotesi su cui ci si è interrogati nella fase iniziale del presente paragrafo, ovvero quella in cui sia il consumatore a porre in essere una condotta che si

²⁷⁹ Sul punto, cfr. F. LOSURDO, *op. cit.*, p. 128 ss.; F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in A.A. V.V., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., p. 33 s., secondo il quale il divieto di abuso di dipendenza economica, di posizione dominante e di clausole abusive rappresentano “emersioni positive” nell'ordinamento del più generale divieto di abuso del diritto.

²⁸⁰ Così G. D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in A.A. V.V., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., p. 7 ss. e, in particolare, p. 12 ss.; cfr. altresì F. DI MARZIO, *op. cit.*, p. 27 ss.

²⁸¹ In questo senso, v. G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 15 s.; v. altresì F. DI MARZIO, *op. cit.*, p. 28 s.

concretizza come abusiva, rispetto al diritto esercitato. Invero, la disciplina dettata in tema di clausole vessatorie concerne l'ipotesi in cui l'abuso del diritto sia perpetrato dal professionista, in una specifica declinazione, ovvero l'uso distorto della libertà contrattuale. Il professionista, data la posizione "dominante", rispetto alla controparte, è il solo contraente, secondo la disciplina di matrice comunitaria, a poter in astratto porre in essere una condotta che integri un abuso del proprio potere contrattuale. Tale tendenza è peraltro confermata anche dalla disciplina in materia di abuso della condizione di dipendenza economica nei rapporti fra imprese.

Il caso in esame, tuttavia, attiene all'ipotesi in cui il consumatore sia l'autore della condotta abusiva o contraria al principio di buona fede. Questi, pur consapevole, sin dal momento della stipula del contratto, dei difetti presenti nel bene, procede a stipulare la vendita. Solo in un momento successivo, dopo aver utilizzato il bene per qualche tempo, chiede al venditore di ripararlo o sostituirlo con un nuovo bene, oltretutto il risarcimento del danno per i difetti di conformità.

Procedendo ad una analisi della condotta del consumatore entro gli schemi consegnati dalla Corte di Cassazione in ordine alla figura dell'abuso del diritto, emerge, in primo luogo, come il consumatore, nel caso di specie, vanta la titolarità di un diritto, ovvero il diritto ai rimedi previsti dalla direttiva a fronte di un difetto di conformità. Tale diritto, in secondo luogo, avrebbe potuto ben essere esercitato prima dell'utilizzo del bene o non essere esercitato affatto, comunicando semplicemente al venditore la presenza del difetto nel bene, al momento della vendita. In terzo luogo, si osserva come da tale condotta discenda un beneficio per il consumatore: egli otterrà un bene nuovo, con la sostituzione, o riparato gratuitamente, con la riparazione; inoltre, sorgerà a suo favore un diritto al risarcimento del danno, che, seppur non previsto espressamente dalla direttiva, viene concesso al consumatore, ai sensi dell'art. 135-*septies* cod. cons., il quale richiama le norme del codice civile in tema di risarcimento²⁸².

²⁸² Si veda peraltro il considerando n. 61 della direttiva (UE) 771/2019, secondo il quale «*Il principio della responsabilità del venditore per il risarcimento del danno è un elemento essenziale dei contratti di vendita. Il consumatore dovrebbe pertanto avere diritto a chiedere un risarcimento per qualsiasi danno causato da una violazione della presente direttiva da parte del venditore, anche in relazione ai danni subiti in ragione di un difetto di conformità. Nella massima misura possibile, tale risarcimento dovrebbe ripristinare la situazione in cui il consumatore si sarebbe trovato se i beni fossero stati conformi. Poiché l'esistenza di tale diritto al risarcimento è già garantita in tutti gli Stati membri, la presente direttiva dovrebbe fare salve le norme nazionali in materia di risarcimento dei consumatori per i danni derivanti dalla violazione di tali norme. Gli Stati membri dovrebbero altresì mantenere la facoltà di disciplinare il diritto del consumatore al risarcimento per le situazioni in cui la riparazione o la sostituzione abbiano causato notevoli inconvenienti o siano intervenute tardivamente*».

Infine, il comportamento del consumatore determina un sacrificio economico in capo al professionista: egli dovrà sostenere dei costi volti alla riparazione o alla sostituzione del bene, nonché risarcire il danno derivante dall'aver consegnato un bene non conforme al contratto.

Alla luce di tali considerazioni, la condotta del consumatore sembrerebbe integrare la figura dell'abuso del diritto, così come delineato nell'ordinamento italiano: il consumatore vanta in astratto un diritto, ovvero quello di esperire i rimedi previsti dalla direttiva europea, che tuttavia viene esercitato per uno scopo differente da quello per il quale la norma attribuisce il potere, ovvero nell'esclusivo intento di trarne vantaggio. Se così fosse, il professionista, fermo restando l'onere di provare che il consumatore fosse a conoscenza del difetto al momento della conclusione del contratto, potrebbe difendersi dalle richieste del consumatore attraverso l'*exceptio doli generalis*.

Tuttavia, se non può con certezza affermarsi che la figura dell'abuso del diritto delineata dell'ordinamento interno corrisponda a quella conosciuta dall'ordinamento UE, salvo per sporadiche pronunce della Corte di Giustizia, la condotta del consumatore può certo essere valutata in base al canone della buona fede contrattuale, principio generale dell'ordinamento nazionale e dell'ordinamento comunitario. La condotta del consumatore, invero, è per certo riconducibile alla violazione di quel dovere di correttezza che impone un dovere di collaborare con la controparte e di contribuire alla tutela dei suoi interessi²⁸³. Ed invero, come già evidenziato²⁸⁴, nei contratti sinallagmatici, pone in essere una condotta contraria al canone della correttezza e al principio di collaborazione tra le parti, colui che, volendo trarre solo benefici dal contratto, respinge gli effetti negativi.

Del resto, la configurazione della condotta del consumatore come contraria al generico canone della buona fede lascia aperto il quesito in ordine alle conseguenze giuridiche da riconnettere alla sua azione: una soluzione al quesito potrebbe forse venire dall'applicazione del principio abbozzato dall'art. 2, par. 2, del CESL, secondo il quale la violazione del dovere di correttezza e buona fede comporta la preclusione all'esercizio di un diritto. Anche in tal caso, dunque, a fronte dell'esercizio dei rimedi previsti dalla direttiva da parte del consumatore, il professionista potrebbe paralizzare l'azione, con l'eccezione fondata sulla conoscenza del difetto, al momento della conclusione del contratto.

Dall'analisi fin qui svolta emerge come, seppur la direttiva (UE) 2019/771 non abbia previsto una disposizione che, alla stregua dell'art. 2, par. 3, della direttiva

²⁸³ In ordine alla nozione di buona fede, v. *supra*, nt. 254.

²⁸⁴ V. *supra*, nt. 255.

1999/44/CE, escluda la responsabilità del professionista per i difetti conosciuti o conoscibili al consumatore, debba ritenersi che, quantomeno sotto il profilo dell'effettiva conoscenza del difetto, gli stati soggettivi del consumatore incidano in ogni caso sui diritti di quest'ultimo. Ed invero, in caso di conoscenza del difetto da parte del consumatore, al momento della vendita, questi vedrà paralizzata l'azione volta a far valere i difetti di conformità contro il professionista, ovvero rimarrà, in altri termini, "privato" dei rimedi concessi dalla direttiva a fronte di un difetto di conformità: non tanto ai sensi di una norma come quella di cui all'art. 2, par. 3, dir. 99/44, ma alla luce di principi di carattere generale, quali buona fede e correttezza, ovvero in forza del divieto dell'abuso di diritto.

BIBLIOGRAFIA

- A.A. V.V., *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, Giappichelli, 2022.
- A.A. V.V., *Le garanzie post-vendita sui beni in Europa*, Roma, Ministero dello Sviluppo Economico, 2006.
- ADDANTE A., *Obblighi precontrattuali di informazione e tutela dei consumatori nei contratti telematici*, in A.A. V.V., *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, a cura di A. ADDANTE, Milano, Cedam, 2016, p. 1.
- ADDIS F., *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo dir. civ.* 2020, p. 5.
- AGOSTINELLI P., sub art. 1519-sexies, *Commento al comma 2*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, coordinato da L. GAROFALO, Padova, Cedam, 2003, p. 558.
- AGOSTINELLI P., sub art. 1519-sexies, *Commento al comma 3*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, coordinato da L. GAROFALO, Padova, Cedam, 2003, p. 578.
- AGOSTINIS B., *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2012.
- ALESSI R., *L'attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di consumo nel diritto italiano*, in *Europa e dir. priv.* 2004, p. 743.
- ALPA G., *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contratto e impr.* 2015, p. 245.
- ALPA G., *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contratto e impr.* 2019, p. 825.

- AMADIO G., *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *R. d. civ.* 2001, I, p. 869.
- AMADIO G., *Proprietà e consegna nella vendita di beni di consumo*, in *R. d. civ.* 2004, I, p. 127.
- AMADIO G., *Lezioni di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2016.
- AMORTH G., *Errore e inadempimento nel contratto*, Milano, Giuffrè, 1967.
- ARANGIO - RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1927.
- ASTONE F., sub art. 1469-quinquies, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. BARENGHI, Napoli, Jovene, 1996, p. 179.
- AZZARRI F., *Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo*, in *Contratti* 2015, p. 1077.
- AZZARRI F., *Consegna e passaggio del rischio nelle vendite di beni mobili ai consumatori: considerazioni in vista dell'attuazione della direttiva (UE) 2019/771*, in *Resp. civ. e prev.* 2021, p. 1095.
- BALDI A., sub art. 59, in *I nuovi diritti dei consumatori, Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, a cura di A.M. GIAMBINO-G. NAVA, Torino, Giappichelli, 2014, p. 203.
- BARBA V., *L'obbligo di consegnare beni conformi al contratto*, in *Aspetti della vendita dei beni di consumo*, a cura di F. ADDIS, Milano, Giuffrè, 2003, p. 27.
- BARENGHI A., *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contratto e impr.* 2020, p. 806.
- BATTELLI E., *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e « nuovi » diritti*, in *Europa e dir. priv.* 2014, p. 927.

- BAUDRY-LACANTINERIE G. – SAIGNAT L., *Della vendita e della permuta*, in *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile*, di G. BAUDRY-LACANTINERIE, con addizione di F. DEGNI, Milano, casa editrice: Dottor Francesco Vallardi, s.d.
- BEGHINI M., *I rimedi della riparazione e della sostituzione nella Direttiva 2019/771/UE*, in *La vendita di beni mobili*, a cura di T. DALLA MASSARA, Pisa, Pacini Giuridica, 2020, p. 321.
- BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 2017.
- BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *R. trim. d. proc. civ.* 1998, p. 17.
- BERGELLI E., sub *art. 1341*, in *Comm. Gabrielli*, Utet, 2011, p. 543.
- BERLINGIERI F., *Lo standard del «reasonable man»*, in A.A. V.V., *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 327.
- BERTELLI F., *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771 UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore*, in *Europa e dir. priv.* 2019, p. 953.
- BIANCA C.M., *La posizione del venditore*, in A.A. V.V., *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 137.
- BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *R. d. civ.* 1983, I, p. 205.
- BIANCA C.M., voce *Condizioni generali di contratto: I*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma 1988.

- BIANCA C.M., sub art. 35, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario coordinato da C.M. BIANCA, in *Nuove l. civ. comm.* 1989, p. 146.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1990, ristampa aggiornata 2019.
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, I, in *Tratt. Vassalli*, Torino, Utet, 1993.
- BIANCA C.M., *Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva 1999/44/CE*, in *Contratto e impr. – Europa* 2001, p. 16.
- BIN. M., *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 e impr. - Europa* 2000, p. 403.
- BOCCHINI F., *La vendita di cose mobili*, 2, Milano, Giuffrè, 2004.
- BOCCHINI F., sub art. 132, in *La vendita dei beni di consumo, Artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, a cura di C.M. BIANCA, Padova, Cedam, 2006, p. 300.
- BOZZOLI J., *Le clausole riprodotte di disposizioni di leggi nell'ambito delle clausole vessatorie*, in *giustiziacivile.com*, 13 agosto 2019.
- BRAVO F., *Le trattative nei contratti telematici*, in *Contratti* 2003, p. 739.
- BRAVO F., *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE, Verso un codice europeo del consumo*, Milano, Giuffrè, 2013.
- BRUNI D., *Garanzia per difetto di qualità essenziali e per vizi della compravendita*, in *R. d. civ.* 1959, II, p. 554.
- BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, Utet, 1998.

- CABELLA PISU L., *La «mancanza di conformità»: il modello della Convenzione e la tradizione giuridica italiana*, in A.A. V.V., *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 359.
- CABELLA PISU L., *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Tratt. Rescigno*, IX, t. 1, Torino, Utet, 1999, p. 287.
- CALVO R., *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, II, Napoli, ESI, 2007.
- CAPOBIANCO E. - LONGOBUCCO F., *Modificazioni convenzionali del regime legale della responsabilità del venditore*, in *Domenico Rubino*, a cura di P. PERLINGIERI - S. POLIDORI, II, Napoli, ESI, 2009, p. 567.
- CARBONE S.M., *L'ambito di applicazione ed i criteri applicativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in A.A. V.V., *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 61.
- CASOLA M., sub *art. 1469-ter*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. BARENGHI, Napoli, Jovene, 1996, p. 99.
- CASSANO G., *Le condizioni generali di contratto*, in A.A. V.V., *I contratti informatici*, a cura di R. CLARIZIA, Torino, Utet, 2007, p. 281.
- CASSANO G. – CIMINO I.P., *Contratto via Internet e tutela della parte debole*, in *Contratti* 2002, p. 869.
- CASTRONOVO C., *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Europa e dir. priv.* 2004, p. 957.
- CECCHERINI G., *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, Torino, Giappichelli, 2008.

- CERDONIO CHIAROMONTE G., *Specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contrattazione on line*, in *Nuova g. civ. comm.* 2018, p. 404.
- CHERTI S., *La disciplina della consegna nelle vendite ai consumatori*, in *G. it.* 2014, p. 2625.
- CHINÈ G., *La contrattazione standardizzata*, in *Il contratto in generale*, 2, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, Torino, Giappichelli, 2000, p. 493.
- CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium Iuris* 1996, p. 411.
- COLLART DUTILLEUL F. – DELEBECQUE F., *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 2011.
- COTTINO G., *La posizione del compratore*, in A.A. V.V., *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 147.
- CUFFARO V., *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.* 2014, p. 745.
- CUOCCI V.V., *Contratti online e il mercato unico digitale: l'approccio (minimalista) del legislatore europeo in tema di clausole abusive*, in A.A. V.V., *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, a cura di A. ADDANTE, Milano, Cedam, 2016, p. 73.
- DALLA MASSARA T., sub art. 1519-nonies, *Commento al comma unico*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, coordinato da L. GAROFALO, Padova, Cedam, 2003, p. 721.
- DALLA MASSARA T., *I rimedi a favore del consumatore tra codice civile e codice del consumo*, in *La vendita di beni mobili*, a cura di T. DALLA MASSARA, Pisa, Pacini Giuridica, 2020, p. 443.

- DALLA MASSARA T., *L'imminente attuazione della Dir. UE 2019/771 e il problema del coordinamento con il codice civile: una proposta per il futuro art. 135 c. cons.*, in *Corr. giur.* 2021, p. 1278.
- D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, nota a Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti* 2010, p. 5.
- D'AMICO G., *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in A.A. V.V., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, Giappichelli, 2010, p. 3.
- DE CRISTOFARO G., *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium Iuris* 1999, p. 1189.
- DE CRISTOFARO G., *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, Cedam, 2000.
- DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura di beni mobili conclusi da consumatori con professionisti*, in *Studium Iuris* 2002, p. 1314.
- DE CRISTOFARO G., *L'esonero da responsabilità del venditore per i difetti di conformità che il consumatore conosceva o non poteva ragionevolmente ignorare "al momento della conclusione del contratto": brevi note su taluni aspetti problematici dell'attuazione dell'art. 2, par. 3, della direttiva 99/44/CE*, in A.A. V.V., *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. La tutela dell'acquirente di beni di consumo (Atti del convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi, Padova, 14-15 settembre 2001)*, Padova, Cedam, 2002, p. 191.
- DE CRISTOFARO G., voce *Vendita. Vendita dei beni di consumo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 2004.

- DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto 2011*, diretto da A. D'ANGELO – V. ROPPO, Torino, Giappichelli, 2012, p. 30.
- DE CRISTOFARO G., *Autonomia privata e pattuizioni di esclusione totale della garanzia per vizi nei contratti di compravendita. Note a margine di due recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in *R. d. civ.* 2018, p. 219.
- DE CRISTOFARO G., *B-to-C Contracts Concluded On-Line and Private Law*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.* 2020, p. 537.
- DE CRISTOFARO G., *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in *R. d. priv.* 2021, p. 205.
- DE MATTEIS R., *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, in *Contratto e impr. – Europa* 2001, p. 46.
- DE NOVA G., *Le clausole vessatorie*, Milano, Ipsoa, 1996.
- DE NOVA G., *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel «Codice» del consumo*, in *Contratti* 2006, p. 391.
- DELFINI F., *Il commercio elettronico*, Padova, Cedam, 2004.
- DELOGU L., *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, in *Contratto e impr. – Europa* 2000, p. 489.
- DELOGU L., *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2000.
- DELOGU L., *Il carattere imperativo della disciplina*, in *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, a cura di M. BIN – A. LUMINOSO, in *Tratt. Galgano*, Padova, Cedam, 2003, p. 527.

- DI MAJO A., *Le tutele contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2009.
- DI MARZIO F., *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in A.A. V.V., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, Giappichelli, 2010, p. 21.
- DI MARZO S., *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, Utet, 1950.
- DIANIN M., *La «derogabilità» dei criteri oggettivi di conformità al contratto: il nuovo art. 130, comma 4, del codice del consumo*, in *Studium Iuris* 2022, p. 829.
- FADDA R., *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, in *Contratto e impr. – Europa* 2000, p. 410.
- FACCIOLI M., sub art. 36, sez. II, in G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, Cedam, 2013, p. 402.
- FACCIOLI M., *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Nuove l. civ. comm.* 2020, p. 250.
- FALZONE CALVISI M.G., *Garanzie legali della vendita: quale riforma*, in *Contratto e impr. – Europa* 2000, p. 448.
- FARNETI M., sub art. 34, in G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, Cedam, 2013, p. 367.
- FARNETI M., *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, in *Nuove l. civ. comm.* 2014, p. 959.
- FEBBRAJO T., *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, in *Contratto e impr. – Europa* 2015, p. 479.

- FERRARI F., *La vendita internazionale. Applicabilità ed applicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Padova, Cedam, 2006.
- 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 e impr. – Europa* 2001, p. 57.
- FERRICELLI E., sub art. 1519 ter, 3° comma, in *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. PATTI, Milano, Giuffrè, 2004, p. 130.
- FINAZZI G., *Correttezza e buona fede*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. GAROFALO, Milano, Cedam, 2018.
- FINOCCHIARO G., *Il perfezionamento del contratto on line: opportunità e criticità*, in *D. com. scambi int.* 2018, p. 187.
- FRANCARIO L., voce *Clausole vessatorie*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma 1988.
- FRATTINI F., sub art. 38, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario coordinato da C.M. BIANCA, in *Nuove l. civ. comm.* 1989, p. 171.
- GABRIELLI E., *Aliud pro alio e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, in *R. d. priv.* 2003, p. 657.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2019.
- GEMMA A., *L'accordo telematico*, in A.A. V.V., *I contratti informatici*, a cura di R. CLARIZIA, Torino, Utet, 2007, p. 237.
- GIORGIANNI M., voce *Buon padre di famiglia*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino 1958, p. 596.
- GIOVA S., *La conclusione del contratto via internet*, Napoli, ESI, 2000.

- GIRARD P.F., *Manuale elementare di diritto romano*, nella versione italiana di C. LONGO, Milano, Società Editrice Libreria, 1909.
- GIUSTI C.A., *Quali prospettive per la vendita in Europa*, in *Nuova g. civ. comm.* 2017, p. 1749.
- GORLA G., *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, Utet, 1937.
- GORLA G., voce *Azione redibitoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 875.
- GRASSI U., sub art. 1491, in A.A. V.V., *Dei singoli contratti. Artt. 1470-1547*, a cura di D. VALENTINO, in *Comm. Gabrielli*, Torino, Utet, 2011, p. 306.
- GRECO P. – COTTINO G., *Della vendita*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 1981.
- GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli, Jovene, 2001.
- HESSELINK M., *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, in *European Review of Private Law* 2012, p. 195.
- HUET J. – GRIMALDI C. – DECOCQ G., LÉCUYER H., *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil*, diretto da J. GHESTIN, LGDJ, 2012.
- IMPALLOMENI G., *L'editto degli edili curuli*, Padova, Cedam, 1955.
- IURILLI C., *Autonomia contrattuale e garanzia nella vendita di beni di consumo*, Milano, Giuffrè, 2004.
- JAYME E. (a cura di), *La compravendita internazionale di beni mobili nei rapporti tra Italia e Germania*, Padova, Cedam, 1990.
- KORNET N., *The Common European Sales Law and the CISG. Complicating or simplifying the legal environment?*, Maastricht 2012, reperibile sul sito <http://www.ssrn.com>.

- LANDO O., *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, in *European Review of Private Law* 2011, p. 717.
- LAROSA V., sub art. 1519-ter, *Commento al comma 3*, in A.A.V.V., *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, coordinato da L. GAROFALO, Padova, Cedam, 2003, p. 208.
- LAURENT F., *Principi di diritto civile*, vol. XXIV, Milano, Società Editrice Libreria, 1885.
- LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *F. it.* 1996, c. 145.
- LEO C., sub art. 1519-ter, in *L'acquisto di beni di consumo*, Milano, Ipsoa, 2002, p. 20.
- LIVI M.A., *L'integrazione del contratto*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, II, Padova, Cedam, 1997, p. 653.
- LODOLINI P.R., *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*, in *Europa dir. priv.* 1999, p. 1275.
- LOMBARDI E.M., *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano, Giuffrè, 2010.
- LONGOBUCCO F., sub art. 66-ter, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, Giuffrè, 2019, p. 582.
- LOSURDO F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Torino, Giappichelli, 2011.
- LUMINOSO A., *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contratto e impr. – Europa* 2001, p. 83.

- LUMINOSO A., *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/CE*, in R. d. civ. 2001, p. 837.
- LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, Giappichelli, 2011.
- LUMINOSO A., *Due pronunce contrastanti delle Sezioni Unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, in *Resp. civ. e prev.* 2019, p. 1861.
- LUZZATTO R., *La compravendita*, a cura di G. PERSICO, Torino, Utet, 1961.
- MAGLIULO M., *Garanzia per vizi, inesatto adempimento ed onere della prova: l'intervento delle sezioni unite e la rilettura del principio di vicinanza alla fonte di prova*, nota a Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *F. it.* 2019, I, c. 2737.
- MALAURIE P. – AYNÈS L. – GAUTIER P., *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ 2018.
- MANASSE C., *La garanzia per vizi nella vendita*, in *Nuova g. civ. comm.* 1987, II, p. 287.
- MANIACI A., sub art. 1519-nonies, in *L'acquisto di beni di consumo*, Milano, Ipsoa, 2002, p. 89.
- MANNINO V., *Le tutele per le anomalie del bene venduto fra antico e postmoderno*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. ALESSI, Milano, Giuffrè, 2005, p. 177.
- MANTOVANI M.P., *La vendita dei beni di consumo*, Napoli, ESI, 2009.
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 2006.
- MARTORANO F., *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, Jovene, 1959.
- MAUGERI M.R., *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in A.A. V.V., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, Giappichelli, 2010, p. 69.

- MAZZAMUTO S., *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. ALESSI, Milano, Giuffrè, 2005, p. 317.
- MAZZAMUTO S., *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e dir. priv.* 2011, p. 861.
- MENGONI L., *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *R. d. comm.* 1953, I, p. 3.
- MENGONI L., *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, Giuffrè, 1975.
- MEOLI B., *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, nota a Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova g. civ. comm.* 2002, I, p. 355.
- MIGLIORI P.S., *Sulla imperatività delle norme giuridiche*, Roma 1933 - Estratto dalla *R. int. fil. dir.* 1933.
- MINERVINI E., *L'esclusione legale della garanzia per vizi nel contratto di compravendita*, in *R. d. civ.*, 1989, II, p. 1.
- MINERVINI E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, ESI, 1999.
- MIRABELLI G., *I singoli contratti. Artt. 1470-1765*, in *Commentario del codice civile*, IV, 3, Torino, Utet, 1991.
- MÖLLERS T. M.J., *The Weaknesses of the Sale of Goods Directive - Dealing with Legislative Deficits*, in *Juscivile* 2020, 5, p. 1165.
- MONTICELLI S., *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.* 2003, II, p. 295.
- NAPOLITANO G., sub art. 1469-ter, comma 3°, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove l. civ. comm.* 1997, p. 1148.

- NAVARRETTA E., sub art. 1469-quinquies, comma 2°, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove l. civ. comm.* 1997, p. 1223.
- NAVARRETTA E., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa e dir. priv.* 2012, p. 953.
- NICOLUSSI A., *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa e dir. priv.* 2003, p. 525.
- NOCERA I.L., *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *R. trim. d. proc. civ.* 2014, p. 1449.
- NOVELLA M., *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano, Giuffrè, 2009.
- NUZZO M., sub art. 1469-ter, comma 1° e 2°, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove l. civ. comm.* 1997, p. 1141.
- OLIVIERO F., *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, Napoli, Jovene, 2015.
- ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in A.A. V.V., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, Giappichelli, 2010, p. 99.
- PADOVINI F., sub art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 2, c.c., in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1059.
- PADOVINI F., sub art. 1519-octies, 1° comma, in *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. PATTI, Milano, Giuffrè, 2004, p. 383.
- PAGANELLI P., sub art. 1519 ter, in *La vendita dei beni di consumo, Commentario breve agli artt. 1519-bis ss. c.c.*, a cura di C. BERTI, Milano, Giuffrè, 2004, p. 35.

- PAGLIANTINI S., *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore (a proposito di C. Giust. CE, 3 settembre 2009, C-489/07)*, in A.A. V.V., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, Giappichelli, 2010, p. 165.
- PAGLIANTINI S., *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti* 2014, p. 796.
- PAGLIANTINI S., *Il codice del consumo riformato tra equivoci e concettualismi (variazioni sul passaggio del rischio ed a margine dell'art. 66-Ter)*, in *Europa e dir. priv.* 2015, p. 781.
- PAGLIANTINI S., *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *G. it.* 2020, p. 217.
- PAGLIANTINI S., *A partire dalla dir. 2019/771 UE: riflessioni sul concetto di armonizzazione massima*, in *Nuovo dir. civ.* 2020, p. 11.
- PARDOLESI P., *La direttiva sulle garanzie nella vendita: ovvero, di buone intenzioni e risultati opachi*, in *R. crit. d. priv.* 2001, p. 437.
- PATRONI GRIFFI L., *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori (direttiva 93/13 C.E.)*, in *Rass. d. civ.* 1995, p. 347.
- PATTI F.P., *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso "Faber"*, *Nuova g. civ. comm.* 2016, p. 10.
- PATTI S., *Sul superamento della distinzione tra vizi e aliud pro alio datum nella direttiva 1999/44/CE*, in *R. d. civ.* 2002, II, p. 623.
- PEDRAZZI G., *Le clausole vessatorie nei contratti telematici con i consumatori*, in *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, a cura di E. TOSI, Milano, Giuffrè, 2012, p. 327.

- PELLOSO C., *Il deterioramento e il perimento ante traditionem del bene compravenduto: rimedi consumeristici e di diritto comune*, in AA. VV., *Tutele rimediale in tema di rapporti obbligatori*, a cura di L. GAROFALO, Torino, Giappichelli, 2015, p. 108.
- PIGNALOSA M.P., *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2016.
- PIRAINO F., *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa e dir. priv.* 2006, p. 543.
- PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2015.
- PLANIOL M. – RIPERT G., *Contrats civils*, in *Traité pratique de droit civil français*, tomo X, parte I, Paris 1932.
- POTHIER R.J., *Traité du contrat de vente*, in *Oeuvres*, tomo I, Bruxelles 1813.
- PUGLIATTI S., voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 452.
- PUTTI P.M., *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, ESI, 2002.
- PUTTI P.M., sub *art. 1519-octies*, in *L'acquisto di beni di consumo*, Milano, Ipsoa, 2002, p. 77.
- RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma 1989.
- RICCI F., *Buona fede e rimedi*, in *Contratto e impr. – Europa* 2013, p. 632.
- RIZZIERI A., *Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili (1980)*, in A.A. V.V., *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, a cura di F. FERRARI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 47.
- RIZZO V., *La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, in *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, ESI, 2013, p. 39.

ROMANÒ S., *Profili comuni dei rimedi consumeristici nelle Direttive 2019/771/UE e 2019/770/UE*, in *La vendita di beni mobili*, a cura di T. DALLA MASSARA, Pisa, Pacini Giuridica, 2020, p. 241.

ROMANÒ S., *La riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto nella Direttiva 2019/771/UE*, in *La vendita di beni mobili*, a cura di T. DALLA MASSARA, Pisa, Pacini Giuridica, 2020, p. 355.

ROPPO V., *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive («vessatorie») nei contratti fra professionisti e consumatori: artt. 1469-bis e segg. c.c.*, in *Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 1996, p. 99.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA-P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2001.

ROPPO V., *Trattato dei contratti, Mercati regolati*, Milano, Giuffrè, 2014.

RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, Giuffrè, 1971.

RUSCELLO F., *Le garanzie post-vendita nella direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999*, in *Studium Iuris* 2001, p. 832.

SCALFI G., *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Resp. civ. e prev.* 1993, p. 435.

SCARPELLO A., *Le clausole vessatorie*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. ALPA, Milano, Giuffrè, 2014, p. 603.

SCAVONE F., *Le modifiche apportate al Codice del consumo a seguito del recepimento della direttiva 2011/83/UE*, in *Contratto e impr. – Europa* 2014, p. 467.

SCHWENZER I. - HACHEM P., *The CISG - Successes and Pitfalls*, in *American Journal of Comparative Law* 2009, p. 457.

- SCOGNAMIGLIO R., sub *art. 1341*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 1970, p. 242.
- SINISCALCHI A.M., *Limitazione di responsabilità nella «vendita» dei beni di consumo*, in *Danno e resp.* 2005, p. 481.
- SINISCALCHI A.M., sub *art. 134*, in *Codice del consumo*, a cura di G. VETTORI, Padova, Cedam, 2007, p. 1006.
- SIRENA P., sub *art. 1469-ter, 2° comma, c.c.*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 855.
- SIRENA P., sub *art. 1469-ter, 3° comma*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 887.
- SIRENA P., sub *art. 135*, in *La vendita dei beni di consumo. Artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, a cura di C.M. BIANCA, Padova, Cedam, 2006, p. 390.
- SOLIDORO MARUOTTI L., *Obligationes contractae*, in A. LOVATO – S. PULIATTI – L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 453.
- SPADAFORA A., *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede*, Torino, Giappichelli, 2007.
- SPAGNOLO D., sub *art. 1519-octies, Commento al comma 1*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, coordinato da L. GAROFALO, Padova, Cedam, 2003, p. 631.
- TERRANOVA C.G., *La garanzia per vizi della cosa venduta*, in *R. trim. d. proc. civ.* 1989, p. 69.
- TORIELLO F., *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contratto e impr. – Europa* 1997, p. 843.
- TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2019.

- TOSI E., *Contratti informatici, telematici e virtuali*, Milano, Giuffrè, 2010.
- TRAVAGLINO G.P., *Garanzia per i vizi e prescrizione: una difficile pronuncia delle Sezioni Unite*, nota a Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, in *G. it.* 2020, p. 43.
- TROIANO S., sub art. 129, in *La vendita dei beni di consumo, Art. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, a cura di C.M. BIANCA, Padova, Cedam, 2006, p. 82.
- VECCHI P.M., sub art. 1519-octies, *Note introduttive*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, coordinato da L. GAROFALO, Padova, Cedam, 2003, p. 627.
- VECCHI P.M., *La richiesta di riparazione o sostituzione dei beni di consumo*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1007.
- VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, Cedam, 1972.
- VOLPE F., *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *R. d. priv.* 1999, p. 40.
- ZACCARIA A., *Riflessioni circa l'attuazione della Direttiva n. 99/44/CE, «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, in *Studium Iuris* 2000, p. 265.
- ZACCARIA A. – DE CRISTOFARO G., *La vendita dei beni di consumo*, Padova, Cedam, 2002.
- ZACCARIA A. – DE CRISTOFARO G., sub art. 134, in *La vendita dei beni di consumo. Artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, a cura di C.M. BIANCA, Padova, Cedam, 2006, p. 350.
- ZIMMERMANN R., *The Law of obligations*, Oxford 1990.
- ZOLL F., sub art. 99, *Common European sales law*, a cura di R. SCHULZE, Nomos Verlag, 2012, p. 463.

ZOLL F., sub *art. 104*, *Common European sales law*, a cura di R. SCHULZE, Nomos Verlag, 2012, p. 486.

