

Vendita

“Conformità al contratto” dei beni di consumo e onere della prova (*)

di VINCENZO MARICONDA

Tra i vari problemi posti dalla nuova disciplina della vendita dei beni di consumo, l'Autore analizza quelli che investono i rapporti tra primo e secondo comma dell'art. 1519 *ter* c.c. con particolare riguardo agli aspetti inerenti la distribuzione dell'onere della prova tra venditore e consumatore.

Questioni di riparto dell'onere della prova nella nuova disciplina

L'abbondante letteratura che si è formata in relazione alla direttiva 1999/44/Ce (1) e i primi interventi sul decreto legislativo 2 febbraio 2002 n. 24 che ha introdotto gli artt. 1519-bis - 1519 *nonies*, c.c., (2), si sono soffermati soprattutto sui numerosi e complessi problemi di natura sostanziale, sollecitati dalla riforma delle garanzie legali nella vendita dei beni di consumo; ma non hanno dedicato la medesima attenzione agli aspetti inerenti alla ripartizione dell'onere della prova nei rapporti tra venditore (da intendersi nel significato ampio del primo comma dell'art. 1519-bis, c.c., comprensivo anche dell'appaltatore) e consumatore (da intendersi nello stesso senso di cui all'art. 1469-bis, comma 2, c.c., la cui nozione è riprodotta alla lett. a del secondo comma dello stesso art. 1519-bis, c.c.) (3).

Eppure sia la direttiva sia il decreto legislativo emanato in sua attuazione, abbondano di concetti ai quali, già *prima facie*, si collegano problematiche di carattere processuale: la tecnica legislativa non facilita certo il compito all'interprete che è chiamato a misurarsi con il difficile confronto tra le categorie elaborate sulla base della disciplina codicistica delle garanzie nella vendita e nell'appalto e quelle che emergono dalla nuova normativa, sia pure filtrate attraverso la disciplina contenuta nella Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili.

Note:

(*) Lo scritto è destinato agli *Scritti in onore di Piero Schlesinger*.

(1) Con riferimento alla direttiva 1999/44/Ce su “taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo”, si segnalano i seguenti interventi: De Nova, *La recezione della Direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità*, in *Riv. dir. priv.* 2001, 759; Id., *La proposta di direttiva sulla vendita e la garanzia dei beni di consumo*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 22; Amadio, *La “conformità al contratto” tra garanzia e responsabilità*, in *Contratto e impresa - Europa* 2001, 2;

Id., *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dr. civ.* 2001, 863; Bianca, *Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva 1999/44/Ce*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2001, 16; Bonfante - Cagnasso, *Risoluzione del contratto ed “azione di adempimento” quali strumenti di tutela del consumatore o dell'impresa?*, ivi, 2001, 23; Cabella Pisu, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, ivi, 2001, 34; De Matteis, *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, ivi, 2001, 46; Ferri, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni al consumo*, ivi, 2001, 57; Gallo, *Le garanzie nella vendita di beni al consumo. Prospettive e riforma alla luce della direttiva 1999/44/Ce*, ivi, 2001, 78; Luminoso, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/Ce e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, ivi, 2001, 83; Id., *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/Ce*, in *Riv. dir. civ.* 2001, 837; Macario, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2001, 143; Ferrante, *L'attuazione della Direttiva comunitaria sulle garanzie nella vendita di beni di consumo: la legge austriaca ed il progetto tedesco*, ivi, 2001, 423; G. De Cristofaro, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000; 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 Impresa - Europa* 2000, 403; Fadda, *Il contenuto della direttiva, 1999/44/Ce: una panoramica*, ivi, 2000, 410; Ciatti, *L'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva comunitaria sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, ivi, 2000, 433; Falzone Calvisi, *Garanzie legali nella vendita: quale riforma?*, ivi, 2000, 448; Calvo, *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, ivi, 2000, 463; Delogu, *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/Ce, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, ivi, 2000, 489; Pinna, *I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999/44/Ce del Parlamento sulla vendita dei beni di consumo*, ivi, 2000, 516; 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, 260; 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 e dir. priv.* 1999, 1275.

(2) Sul decreto legislativo 2 febbraio 2002 n. 24, si segnalano i contributi di: Hazan, *Attuata la direttiva 99/44/Ce: si rafforza la tutela del consumatore*, in *Contratti* 2002, 393; Schlesinger, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in questa Rivista, 2002, 5, 561; AA.VV., *L'acquisto di beni di consumo*, in *Prima Lettura*, collana a cura di De Nova, Milano, 2002; Di Majò, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 1.

(3) Gli spunti di maggior rilievo si trovano in G. De Cristofaro, *op. cit.*, 242 ss.

A.) Il primo, e forse più complesso, problema che presenta rilievo dal punto di vista del riparto degli oneri probatori tra venditore e consumatore, investe i rapporti esistenti tra il primo e il secondo paragrafo dell'art. 2 della direttiva e i corrispondenti rapporti tra il primo e secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c.: la struttura dei due testi normativi è omogenea dal momento che si compone della previsione a carico del venditore dell'obbligo di consegnare al consumatore "beni conformi al contratto di vendita" e della successiva "presunzione" che i beni di consumo siano conformi al contratto se presentino le caratteristiche (se, come prevede l'art. 1519-ter, c.c., "ove pertinenti, coesistono le seguenti circostanze") elencate nelle lettere da a a d.

Le differenze tra la direttiva e il testo attuativo investono l'introduzione, ad opera del legislatore italiano, dell'inciso "ove pertinenti" e, soprattutto, una differente dislocazione, all'interno dei due elenchi di "regole presuntive", dei singoli requisiti di conformità. Ma, a prescindere da queste marginali differenze, l'interrogativo che si pone, in termini sostanzialmente identici, sia per la direttiva sia per il testo italiano, investe il significato da attribuire alla cosiddetta "presunzione di conformità", tanto più che il *considerando* n. 8 spiega la presunzione in termini di «presunzione relativa di conformità al contratto riguardo alle situazioni più comuni» (4).

Ci si chiede se il contenuto del secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c., (così come quello del secondo comma dell'art. 2 della direttiva) sia effettivamente spiegabile in termini di presunzione; quale sia il contenuto puntuale della presunzione; se la presunzione sia relativa e come possa essere vinta; e, soprattutto, come si articolino gli oneri probatori relativi alle circostanze che valgono a fondare la "presunzione".

B.) Un secondo problema che presenta rilievo anche probatorio investe il contenuto dell'art. 1519-ter, c.c., che esclude il "difetto di conformità" nel caso di conoscenza del difetto da parte del consumatore "al momento della conclusione del contratto" ovvero di impossibilità di "ignorarlo con l'ordinaria diligenza" o, infine, "se il difetto di conformità deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore".

Le questioni interpretative che si collegano alla ora riportata previsione sono numerose, riproducono in parte quelle già emerse, per un verso, in relazione all'art. 1491 c.c. e, per altro verso, con riferimento all'art. 1663 c.c. e si collegano all'interrogativo, comune anche ad altre parti della nuova disciplina, se ed in che misura la normativa generale in materia di vendita e/o di appalto possa interagire, ai fini della relativa integrazione, con quella di nuova formazione. Non v'è chi non veda, ad esempio, che il riferimento alla conoscenza o conoscibilità del difetto "al momento della conclusione del contratto", quale contenuto nell'art. 1519-ter, terzo comma, c.c., può riflettere una meditata scelta del legislatore comunitario e, quindi, della norma interna di attuazione, oppure tradire la "miopia" della norma ora riportata che, pur

volendo dettare regole comuni a ogni ipotesi di vendita ed estese pure al contratto di appalto e al contratto d'opera, ha però talvolta contemplato situazioni che hanno senso con esclusivo o prevalente riferimento alla vendita tradizionale, avente ad oggetto un bene di specie preesistente al contratto: solo in tale prospettiva ha senso l'ancoraggio della conoscenza o conoscibilità del difetto "al momento della conclusione del contratto", dovendosi negli altri casi aver riguardo, al fine di dare un senso logico alla previsione dell'art. 1519-ter, c.c., o al momento della individuazione del bene, nel caso di vendita di genere, o a quello della relativa realizzazione, nel caso di contratto d'opera o di appalto. Inoltre, la conoscenza o conoscibilità del difetto da parte del consumatore si può scontrare con la espressa previsione contrattuale che esclude l'esistenza del difetto conosciuto o conoscibile dal consumatore, ponendosi in tal caso il problema se prevalga la norma che esclude la garanzia o quella che vincola il venditore alle assicurazioni date al consumatore.

Anche questi interrogativi presentano un "rimbalzo processuale" proprio sul piano degli oneri probatori: apparendo certo che l'onere della prova delle circostanze idonee ad escludere il "difetto di conformità" (*rectius*: la rilevanza del difetto ai fini dei rimedi concessi al consumatore) gravi sul venditore, si tratta di stabilire il rilievo che presenta la prova della conoscenza o della conoscibilità del difetto da parte del consumatore, con riferimento a momenti diversi rispetto a quello della conclusione del contratto (ad esempio, nel caso di appalto, al momento della accettazione dell'opera cui fa riferimento l'art. 1667 c.c.); e, ancora, si tratta di verificare se, a fronte della riconoscibilità dei difetti, il consumatore possa opporre che il venditore gli aveva dato assicurazioni in ordine alla inesistenza dei difetti quali in concreto emersi.

C.) Un terzo ordine di questioni, che presenta grande rilievo anche dal punto di vista processuale - probatorio, è quello che si innesta sul combinato disposto dell'art. 1519-ter, c.c., che prevede "l'obbligo" di consegnare beni conformi al contratto, e dell'art. 1519-*quater*, c.c., che collega la "responsabilità" del venditore a "qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene".

Nota:

(4) L'intero *considerando*, sul cui contenuto si tornerà in seguito, suona nel senso «che per facilitare l'applicazione del principio di conformità al contratto è utile introdurre la presunzione relativa di conformità al contratto riguardo alle situazioni più comuni; che la presunzione non restringe il principio della libertà contrattuale delle parti; che inoltre, in mancanza di clausole specifiche e in caso di applicazione della clausola minima gli elementi menzionati nella presunzione possono essere usati per determinare il difetto di conformità dei beni rispetto al contratto; che la qualità e le prestazioni che il consumatore può ragionevolmente attendersi dipenderanno tra l'altro dal fatto che il bene sia nuovo o usato; che gli elementi menzionati nella presunzione sono cumulativi; che se le circostanze del caso rendono un particolare elemento palesemente inappropriato restano tuttavia applicabili i restanti elementi della presunzione».

Su queste previsioni normative si addensano i più complessi problemi di coordinamento della nuova disciplina con alcuni principi generali del nostro sistema, quali, in particolare, la natura, di vera e propria obbligazione o di garanzia, della prestazione di “conformità al contratto”, e la relativa incidenza sulla disciplina del passaggio del rischio dal venditore al compratore, contenuta nell’art. 1465 c.c., norma che viene interpretata estensivamente fino a ricomprendere il rischio connesso alla insorgenza di vizi non esistenti al momento della conclusione del contratto.

A seconda della opzione interpretativa che si ritenga preferibile, scattano conseguenze di ordine processuale-probatorio diverse, venendo in considerazione sia il profilo relativo al tempo cui occorre aver riguardo per stabilire se l’obbligo di “conformità al contratto” sia stato osservato e se e in quali casi il venditore, a fronte della esistenza di qualche ragione di difformità del bene al contratto, abbia a disposizione la prova liberatoria di cui all’art. 1218 c.c.

I problemi interpretativi che si addensano sul primo comma dell’art. 1519-*quater*, c.c., si riflettono anche sul collegato disposto dell’art. 1519-*sexies*, terzo comma, c.c., che, con una norma di grande importanza pratica, prevede la presunzione relativa «che i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene esistessero già a tale data».

D.) Vi sono poi i profili probatori connessi alla gerarchia tra i rimedi che l’art. 1519-*quater*, c.c., prevede per la eventualità della sussistenza del difetto di conformità. Il consumatore ha, anzitutto, a disposizione i cosiddetti rimedi primari della riparazione o sostituzione (quelli, per intenderci, che hanno alimentato, nel corso dei molti decenni dall’entrata in vigore del codice, il tema dell’azione di esatto adempimento); e, a norma dei commi tre, quattro, cinque e sei, può scegliere tra i due rimedi «salvo che il rimedio richiesto sia oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all’altro» (temi probatori che dovrebbero gravare sul venditore valendo a limitare la scelta che la norma attribuisce al consumatore).

Inoltre, a norma dei commi settimo, ottavo e nono dell’art. 1519-*quater*, c.c., il consumatore può richiedere la diversa tutela collegata alle tradizionali azioni edilizie nei casi elencati alle lettere da *a* a *c*, ciascuno dei quali pone specifici problemi probatori che investono oneri gravanti sul consumatore.

Ulteriori problemi probatori potranno emergere con riferimento alla fase successiva alla denuncia del difetto di conformità contemplata dall’art. 1519-*octies*, c.c., a seguito della quale è previsto che il venditore «può offrire al consumatore qualsiasi altro rimedio disponibile», con effetti diversi a seconda che l’offerta avvenga prima o dopo il momento in cui il consumatore abbia già richiesto uno specifico rimedio.

Infine, potrà sorgere questione relativa alla “lieve entità” del difetto di conformità lamentata dal consumatore,

ponendosi, anche a questo proposito, un problema di carattere probatorio, suscettibile, forse, dei medesimi criteri di soluzione proposti in relazione al requisito della non scarsa importanza dell’inadempimento ai fini dell’art. 1455 c.c. (5).

E.) Ulteriori problemi, di coordinamento e di attuazione nonché di diritto transitorio, possono presentare rilevanza sul piano processuale e probatorio. Sotto il primo profilo, viene in considerazione il disposto dell’art. 1519-*nonies*, c.c., che pare cumulare le tutele offerte al consumatore dalla nuova disciplina («le disposizioni del presente paragrafo») con tutte quelle derivanti «da altre norme dell’ordinamento giuridico».

Sul piano del diritto transitorio, l’art. 2 del d. lgs. n. 24/2002 collega l’applicazione delle disposizioni di cui alla novella all’avvenuta consegna del bene al consumatore prima della entrata in vigore del decreto (art. 2 cit. comma 1); e stabilisce che la disciplina della garanzia convenzionale di cui all’art. 1519-*septies*, c.c., non si applica fino al 30 giugno 2002 «ai prodotti immessi sul mercato prima della data di entrata in vigore del presente decreto» (e cioè alla data del 23 marzo 2002). Pure a questo proposito possono porsi numerosi problemi processuali trattandosi di stabilire se la consegna del bene dopo l’entrata in vigore della novella si configuri quale fatto costitutivo del diritto del consumatore ad ottenere la nuova tutela o fatto avente efficacia impeditiva rispetto agli elementi costitutivi della pretesa del consumatore (6).

Il presente scritto è specificamente dedicato alla trattazione della prima delle questioni di carattere probatorio elencate e, più in generale, all’approfondimento dei rapporti tra primo e secondo comma dell’art. 1519-*ter*, c.c..

L’art. 35 della Convenzione di Vienna e l’art. 1519-*ter*, c.c.

La lettura dei numerosi interventi dottrinari sulla direttiva 1999/44/Ce consente di far emergere un generale consenso sull’abbandono, da parte del legislatore comunitario, di tutte le distinzioni che attualmente emergono dalla disciplina codicistica della vendita e sulla introduzione, in luogo di esse, del concetto unitario di “conformità al contratto”. Non è difficile prevedere, però, che quelle distinzioni peseranno ancora, anche sul percorso applicativo della nuova normativa e ciò perché, da un lato, coesisteranno le due discipline della vendita e, dal-

Note:

(5) Cfr. quanto da me argomentato in proposito nel commento alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 30 ottobre 2001 n. 13533, in questa *Rivista*, 2001, 12, 1565, intitolato *Le Sezioni Unite compiono un contrasto e ne aprono un altro*, in ordine al fatto che l’importanza dell’inadempimento è oggetto di una valutazione rimessa al giudice ma non costituisce un tema di prova non essendo qualificabile alla stregua di un fatto costitutivo del diritto alla risoluzione; nello stesso senso Cass. 31 marzo 1987 n. 3099, in *Giust. Civ. Mass.*, 1987, 894.

(6) Questo problema è trattato da Mäniaci, in *L’acquisto di beni di consumo*, Art. 1519 - *nonies* (Tutela in base ad altre disposizioni), cit., 121.

l'altro, gli indici di conformità (*rectius*: di difformità) che verranno delineati in sede di prima applicazione dell'art. 1519-ter, c.c., manterranno presumibilmente in buona misura inalterati i criteri spesso artificiosi elaborati dalla nostra giurisprudenza al fine di operare le distinzioni interne alle categorie dei vizi e delle mancanze di qualità. È già stato affermato da altri che l'introduzione del concetto unitario in luogo di quelli, spesso aleatori, sino ad ora utilizzati, ha assunto «per l'interprete una valenza quasi liberatoria» (7), che lo ha indotto, ad esempio, a sperare di poter dimenticare le annose questioni connesse alle distinzioni tra vizi e mancanza di qualità, da un lato, e consegna dell'*aliud pro alio*, dall'altro lato. Poiché a questa giusta aspirazione deve seguire la realistica ricognizione del contenuto della novella attuativa, non si può fare a meno di rilevare, in conformità alle conclusioni espresse dai primi interpreti della normativa d'attuazione che, proprio in forza del già richiamato art. 1519-nonies, c.c., (8), in difetto di uno specifico intervento legislativo, ben difficilmente ci si potrà liberare della categoria della consegna dell'*aliud pro alio*, che individua indubbiamente un caso di difetto di difformità, ai fini dell'applicazione della novella, ma è pur sempre ancora inquadrabile come caso di mancato adempimento della obbligazione di consegna del bene dovuto ai fini della non assoggettabilità ai termini di decadenza e di prescrizione breve (9).

Su un punto pare che i numerosi e interessanti interventi che hanno investito l'esame della direttiva, così come i primi commenti della novella, non presentino un adeguato approfondimento, forse proprio a causa della comune adesione nei confronti dell'introduzione della nuova categoria («conformità al contratto»); e il punto è caratterizzato da una spiccata valenza processuale - probatoria.

Intendo far riferimento al rilevante problema del coordinamento tra primo e secondo paragrafo dell'art. 2 della direttiva e, ora, primo e secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c., che rischia di divenire, in modo quasi inosservato e inconsapevole, l'occasione per alimentare questioni di carattere concettuale e terminologico che si sarebbero potute evitare con una differente tecnica di redazione normativa, che avesse tratto spunto ad esempio dal modo in cui è formulato l'art. 35 della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, alla quale, com'è noto, la nuova normativa si è in larga parte ispirata.

Il comma primo del menzionato art. 35 è paragonabile al comma primo dell'art. 1519-ter, c.c., con la sola differenza che, mentre quest'ultima norma, così come l'art. 2, par. 1, della direttiva, prevede che «il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita», la disposizione della Convenzione stabilisce che «il venditore deve consegnare beni della quantità, qualità e tipo richiesti dal contratto, e che siano disposti e imballati nel modo richiesto dal contratto». Entrambe le norme stabiliscono pertanto, a carico

del venditore, l'obbligo di consegna al compratore di beni «conformi al contratto» (secondo la nuova espressione) o «richiesti dal contratto» (secondo la formulazione della Convenzione).

Profondamente diverso è invece il modo in cui sono formulate le norme che seguono questa comune enunciazione: la Convenzione stabilisce infatti che «salvo diverso accordo tra le parti i beni *non sono conformi al contratto se non*» (segue l'elenco da *a a d*); mentre l'art. 1519-ter, c.c., in piena corrispondenza con la direttiva e salve le differenze che ho già segnalato, prevede che «si presume che i beni di consumo *siano conformi al contratto se, ove pertinenti, coesistono le seguenti circostanze*» (segue il distinto elenco ordinato nelle stesse lettere da *a a d*).

È lecito chiedersi se, malgrado questa differente formulazione, le due disposizioni intendano enunciare regolamenti di analogo contenuto; o se, per contro, nel disposto dell'art. 1519-ter, secondo comma, c.c., vi sia qualche

Note:

(7) Così Amadio, *Difetto di conformità* cit., 871 che aggiunge che «la nozione di conformità opera, in questo senso, come criterio valutativo sintetico del risultato traslativo, atto a verificare, nel bene venduto, tanto le eventuali imperfezioni e difetti inerenti al processo produttivo, quanto gli indici di appartenenza alla specie, o al genere, quanto ancora l'idoneità ad assolvere la propria funzione economico-sociale». La valenza «liberatoria» della nuova categoria ha portato una buona parte dei commentatori della direttiva ad affermare che «anche nel recepire la direttiva, e poi nell'interpretare lo strumento attuativo, tra l'altro il giurista italiano dovrà dunque dimenticare definitivamente la figura dell'*aliud pro alio*» (così, ad es., Bin, *Per un dialogo con il futuro legislatore*, cit., 406; in senso conforme Luminoso, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44 Ce*, cit., 115; in senso contrario G. B. Ferri, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999*, cit., 77 e M. C. Bianca, *Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia*, cit., 19). Il legislatore dell'attuazione non si è mostrato però dello stesso avviso: nel prevedere all'art. 1519 - nonies il carattere concorrente della tutela offerta al consumatore dalle nuove norme e da tutte le «altre norme dell'ordinamento giuridico», indirizza l'interprete non alla sostituzione, quantomeno nello specifico settore disciplinato dalla novella, delle vecchie categorie con quella unitaria di «difetto di conformità al contratto»; ma a duplicare i concetti aggiungendo a quelli tradizionali, artificiosi e strumentali rispetto alle singole decisioni, quello nuovo, all'interno del quale c'è da augurarsi che si verifichi una sistemazione meno aleatoria di quella offerta dalla disciplina tradizionale.

(8) All'art. 1519 - nonies, c.c., corrisponde l'art. 8 della direttiva («diritto nazionale e protezione minima») in virtù del quale «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». Hanno concluso nel senso che, per usare le espressioni dell'ultimo dei citati autori, «l'acquirente di beni di consumo, spogliandosi del «soprabito» che porta in qualità di consumatore, ma non dismettendo l'abito che porta come compratore, e cioè agendo in risoluzione ex art. 1453 codice civile, sarebbe svincolato dall'onere di preventiva denuncia del difetto di conformità previsto dall'art. 1519-sexies, secondo comma, codice civile, e potrebbe avvalersi del più favorevole termine di prescrizione ordinario (dieci anni), anziché di quello di due anni previsto dalla norma testé citata». In tal senso, con riferimento alla direttiva, M.C. Bianca, *Consegna di aliud pro alio* cit., 19.

(9) In tal senso Hazan, *Attuata la direttiva 99/44/Ce*, cit., 401 e 402 e Mâniaci, *L'acquisto di beni di consumo, Art. 1519 - nonies (Tutela in base ad altre disposizioni)*, cit., 99 e 100.

cosa di più e di diverso dalla semplice previsione del modello normativo dei beni conformi (o, stando alla prospettiva rovesciata della Convenzione di Vienna, non conformi) al contratto, destinato a valere solo nel caso di mancanza di diverse previsioni pattizie.

La cosiddetta presunzione legale di conformità al contratto

I primi commenti della nuova norma ribadiscono quanto già da più parti affermato in relazione alla direttiva, nel senso che la presunzione introdotta dal secondo comma avrebbe carattere relativo, così come risulterebbe confermato dal *considerando* ricordato in precedenza: questa sottolineatura non è però ulteriormente spiegata e, in particolare, non si chiariscono i momenti iniziale e finale della operatività della presunzione rispetto ai temi probatori gravanti sulle due parti in conflitto (10).

Alcuni esempi del comune modo di intendere la "presunzione relativa di conformità" possono servire a chiarire i termini del problema di coordinamento sollecitato dai rapporti tra il primo e il secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c.

«Si tratta di una presunzione relativa - è stato scritto - per cui, da un lato, il consumatore potrà provare il difetto di conformità anche nel caso in cui il bene risulti conforme in base ai requisiti indicati dall'art. 2, dall'altro, il venditore potrà provare la conformità del bene al contratto anche in assenza di taluno dei predetti requisiti» (11).

«Come chiarito dal preambolo (ottavo considerando) - si è puntualizzato con riferimento all'art. 2 della direttiva - trattasi di presunzione relativa, per cui un difetto di conformità potrà essere ritenuto sussistente anche se, in ipotesi, il bene soddisfa i criteri dettati dall'art. 2 (il relativo onere della prova non potrà che gravare sul consumatore acquirente). Al contrario, l'assenza dei requisiti dettati dal secondo comma determinerà automaticamente il sorgere, in capo al consumatore, dei diritti di cui all'art. 3. Il venditore avrà tuttavia la possibilità di provare che i beni, pur non corrispondenti a taluno dei requisiti dell'art. 2, sono in realtà conformi al contratto di vendita» (12).

Ma come si innesta la presunzione di conformità sull'obbligo del venditore di consegnare beni conformi al contratto? Nel momento in cui sorge la singola controversia, nella quale il consumatore lamenta che il bene che gli è stato consegnato non è conforme al contratto, è operante la "presunzione di conformità al contratto" o essa opera solo quale criterio di confronto, da valere fino a prova contraria, al fine di stabilire se il bene consegnato sia o no conforme al contratto?

Quelli ora posti non paiono interrogativi di poco rilievo tanto più se si considerano le incertezze che connotano alcuni degli interventi tra quelli, poco numerosi, che si sono posti il problema del riparto dell'onere della prova nel conflitto tra singolo venditore e singolo consumatore.

Si legge, ad esempio, in uno scritto che ha approfondito l'intera materia della direttiva comunitaria che «l'introduzione delle "presunzioni" renderà notevolmente più semplice l'assolvimento degli oneri probatori gravanti sul consumatore che lamenta l'esistenza di un difetto di conformità nel bene consegnatogli dal professionista. Nelle frequenti ipotesi in cui manchino, o non siano comunque dimostrabili, pattuizioni relative alla *Sollbeschaffenheit* del bene di consumo, al consumatore sarà sufficiente fornire la prova del presupposto su cui è fondata la "presunzione": starà al professionista fornire la prova contraria necessaria per il superamento della presunzione» (13).

Ora, l'opinione riportata è concettualmente corretta, tant'è che si chiarisce in tal senso alla luce di quanto viene scritto in altra parte dell'opera, dedicata proprio al problema dell'onere della prova; ma si avvale di una formula espressiva che non può essere condivisa dal momento che se la "presunzione" è presunzione di conformità ne deriva che al consumatore farà carico fornire non la prova del presupposto su cui si fonda la presunzione ma la prova della mancanza di uno di detti presupposti.

In questo caso, l'utilizzazione legislativa della "presunzione di conformità al contratto" ha originato semplicemente una corrispondente difficoltà espressiva ma non ha determinato un travisamento concettuale, quale quello che pur sarebbe possibile innestare per effetto del difetto di coordinamento tra primo e secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c.

La seconda delle norme citate collega la presunzione alla presenza di una serie di ("le seguenti") "circostanze" che, come si vedrà in seguito, possono essere variamente raggruppate. Le "circostanze", così denominate dalla norma, in questione possono essere meglio definite quali caratteristiche o requisiti che i beni devono possedere per poter corrispondere al modello di beni che si presume conformi al contratto.

Ciascuna delle menzionate caratteristiche inerisce a fat-

Note:

(10) Tra i commenti della normativa di attuazione italiana, cfr. Hazan, *Attuata la direttiva 99/44/Ce*, cit., 401, che scrive testualmente che «trattasi peraltro di *presunzione relativa*, come desumibile dall'ottavo considerando (non trasposto nel decreto) del preambolo della Direttiva. Ciò significa che tanto il consumatore potrà dimostrare il difetto di conformità del bene anche in presenza di tutti i menzionati criteri, quanto il venditore potrà essere ammesso a provarne la conformità in loro (parziale) assenza»; nello stesso senso Leo, *L'acquisto di beni al consumo*, Art. 1519-ter (*Conformità al contratto*), cit., 29, la quale ritiene che «rispetto al corrispondente articolo della direttiva, si esplicita, inoltre, "che gli elementi menzionati nella presunzione sono cumulativi" e "che se le circostanze del caso rendono un particolare elemento palesemente inappropriato restano tuttavia applicabili i restanti elementi della presunzione. Come previsto all'ottavo considerando, si tratta di *presunzioni relative*, suscettibili di essere vinte dalla prova contraria».

(11) L'espressione è di Fadda, *op. cit.*, 418.

(12) Cfr., in tal senso, Lodolini, *op. cit.*, 1284.

(13) Il brano riportato è di G. De Cristofaro, *op. cit.*, 73 e 74.

ti che ovviamente devono essere provati in giudizio e che non sono oggetto di alcuna presunzione legale. Sicché, i primi problemi di carattere processuale - probatorio che l'interprete è chiamato a risolvere nel momento in cui affronta il collegamento tra primo e secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c., concernono, da un lato, la determinazione della natura, costitutiva o impeditiva - estintiva dei suddetti fatti in relazione ai diritti che competono, rispettivamente, al venditore e al consumatore; e, dall'altro, il rilievo che presenta la "presunzione legale di conformità" rispetto agli stessi fatti.

Il tema è tanto più delicato se si considerano due possibili fattori di "appannamento" che potrebbero incidere negativamente sulla futura elaborazione degli orientamenti giurisprudenziali: il primo fattore si collega alle conclusioni enunciate dalla recente sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite 30 ottobre 2001, n. 13533, che, rompendo con una tradizione che sul punto accomunava dottrina e giurisprudenza (14), ha affermato che, di fronte alle contestazioni in ordine alla esattezza dell'adempimento (categoria che la sentenza ha esteso fino a ricomprendere le difformità qualitative e i vizi dei beni compravenduti), graverebbe sul debitore (e, quindi, nel caso di vendita, sul venditore) l'onere di provare l'esattezza dell'adempimento. In secondo luogo, tanto più se questo autorevole precedente non dovesse rimanere isolato, la prospettiva di tutela del consumatore potrebbe indurre ad una lettura del combinato disposto del primo e del secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c., nel senso che l'onere di provare i requisiti di conformità al contratto, a fronte delle contestazioni formulate dal consumatore, graverebbe sul venditore. In questa prospettiva, si potrebbe svolgere un ragionamento che parta dalla premessa secondo cui l'obbligo contemplato nel primo comma dell'art. 1519-ter, c.c., («di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita») porrebbe a carico del venditore l'onere di provare la conformità del bene al contratto, ponendosi detta conformità quale fatto impeditivo dei diritti del consumatore di avvalersi delle tutele contemplate nell'art. 1519-quater, c.c.

Si potrebbe aggiungere che fino a quando non interviene la "presunzione di conformità al contratto" l'onere probatorio graverebbe sulla parte che ha interesse a dare ingresso a detta presunzione: parte che si individua nel venditore che ha l'obbligo, appunto, di consegnare beni conformi al contratto e che quindi, di fronte alle contestazioni del consumatore, sarebbe il soggetto nel cui interesse sarebbe destinata ad operare la presunzione relativa di conformità. Egli avrebbe, di volta in volta, l'onere di dimostrare l'idoneità del bene all'uso abituale, per vincere la contestazione del consumatore in ordine alla esistenza della circostanza di cui alla lett. a (in modo da far scattare la relativa presunzione di conformità); ovvero la conformità del bene al campione nel caso in cui il consumatore lamenti la difformità (rendendo operante la presunzione di cui alla lett. b); o ancora la presenza

della qualità contestata dal consumatore (per far scattare la presunzione di cui alla lett. c), e così via.

Si noti che, a voler leggere in siffatto modo la "presunzione di conformità al contratto", nel senso cioè che il venditore abbia l'onere di provare la circostanza, tra quelle elencate dal secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c., oggetto di contestazione negativa da parte del consumatore, non si comprende come potrebbe poi intervenire, in un senso o nell'altro, il carattere relativo della presunzione; così come non si comprende, qualora il venditore superasse la contestazione proveniente dal consumatore, in che senso il consumatore possa dare la prova della non conformità del bene al contratto malgrado l'operatività della presunzione.

La "presunzione di conformità" a confronto con la natura delle presunzioni legali

Appare utile ricordare che la nozione di presunzione legale che emerge dall'art. 2728, primo comma, c.c. («le presunzioni legali dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite») individua il tratto caratterizzante della categoria nella fissazione di una regola di giudizio in ordine alla conseguenza processuale della incertezza sul fatto presunto, diversa da quella enunciata dall'art. 2697 c.c.

La *relevatio ab onere probandi* che deriva alla parte assistita dalla presunzione legale e la conseguente inversione dell'onere probatorio relativo al fatto presunto, comportano una diretta incidenza sulla fattispecie legale, che risulta conseguentemente modellata nel senso della produzione dei propri effetti come se il fatto presunto fosse vero (15).

A differenza delle presunzioni semplici, alle quali sole si riferisce la definizione contemplata nell'art. 2727 c.c., le presunzioni legali non realizzano alcun collegamento da un fatto noto a un fatto ignorato e, quindi, non presentano la stessa struttura inferenziale che caratterizza le presunzioni semplici; esse non servono a contribuire alla conoscenza dei fatti ma a ripartire l'onere della prova relativa ai fatti, semplificando la posizione processuale della parte assistita dalla presunzione nel senso di escludere la necessità della prova, che altrimenti sarebbe a suo ca-

Note:

(14) Per la critica agli argomenti in base ai quali le Sezioni Unite hanno motivato la propria conclusione cfr. il mio commento, *Le Sezioni Unite compongono un contrasto* cit., 1579 ss.

(15) Sui problemi di inquadramento delle presunzioni, sulla differente natura delle presunzioni semplici e delle presunzioni legali e sui tratti strutturali e funzionali che caratterizzano le presunzioni legali, cfr. Patti, *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in *Riv. dir. civ.* 2001, 475; Taruffo, voce *Presunzioni*, in *Enc. Treccani*, 2000; Fabbrini, voce *Presunzioni*, in *Dig. disc. Priv.*, 1996, 279; Palazzo, voce *Presunzione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 1986, 265; Cordopatri, voce *Presunzione (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, 1986, 274. Con specifico riferimento alle presunzioni legali cfr., altresì, Sacco, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., 399; Comperti, *Fatti illeciti e responsabilità presunta*, in *Commentario al codice civile*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, 134.

rico, di un determinato elemento della fattispecie sostanziale. Poco importa stabilire se le norme che pongono presunzioni legali appartengano al diritto processuale o, secondo l'opinione preferibile condivisa dalla dottrina dominante, al diritto sostanziale; ciò che conta, al fine di valutare l'effettiva natura della "presunzione di conformità" di cui all'art. 1519-ter, secondo comma, c.c., è la sottolineatura che in tanto è individuabile una presunzione legale in quanto per effetto di essa si verifichi una deroga rispetto all'ordinario regime probatorio, quale ricavabile dal principio fondamentale enunciato dall'art. 2697 c.c. (16). Deroga che, come da più parti sottolineato, è ispirata da un *favor legis* per determinate categorie di soggetti o determinate situazioni giuridiche, *favor* che si riflette in una diretta incidenza sulla struttura della fattispecie sostanziale ma con l'indicato riflesso sul piano processuale, di strumento di facilitazione degli oneri probatori che altrimenti graverebbero sulla parte assistita dalla presunzione e di trasferimento all'altra parte dei rischi connessi alla mancata prova contraria rispetto al fatto presunto (17).

Se questi sono i connotati di identità delle presunzioni legali, pare che, al fine di saggiare l'effettiva natura dell'elenco contemplato dall'art. 1519-ter, comma 2, c.c., e la portata della cosiddetta presunzione legale, relativa o assoluta che sia (18), di conformità al contratto, sia essenziale chiarire quali oneri probatori, e a carico di chi, facciano carico alle parti della controversia nella quale il compratore lamenti l'esistenza di vizi, difetti di qualità o, addirittura, di *aliud pro alio*.

Come pare pressoché pacifico sia in dottrina sia in giurisprudenza, con la sola eccezione della già ricordata sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 13533/2001, l'onere di provare i vizi o difetti di qualità, come più in generale l'onere di provare ogni inesattezza dell'adempimento, grava sul compratore o creditore, essendo il vizio, la difformità o la inesattezza dell'adempimento, fatti costitutivi del diritto che viene fatto valere in giudizio (19).

La prova della difformità dal contratto (espressione che, traducendo con il segno meno quella di conformità al contratto, può essere utilizzata per individuare ogni ipotesi di inesattezza della prestazione) implica: a) la prova del contratto e cioè di quanto o di che cosa il creditore aveva diritto ad ottenere; b) la prova che ciò che è stato consegnato è difforme da quanto era dovuto.

Pare che l'art. 1519-ter, c.c., pur nel difetto di coordinamento tra i contenuti del primo e del secondo comma, non contempli alcuna presunzione di difformità del bene consegnato rispetto al bene dovuto, tale da porre a carico del venditore l'onere di provare la conformità al contratto. Del resto una siffatta presunzione non potrebbe, per sua natura, operare come "presunzione relativa bilaterale": una volta, infatti, che il venditore abbia dimostrato l'esistenza della circostanza contestata dal consumatore parrebbe che il tema probatorio sul punto si sarebbe definitivamente esaurito.

V'è da aggiungere che se si volesse ragionare in questo modo si offrirebbe alla ipotizzata presunzione lo spazio, proprio di ogni presunzione legale, per la realizzazione di una inversione dell'onere della prova rispetto alle regole ordinarie; ma a costo di far diventare quella che sia la direttiva sia la legge attuativa denominano "presunzione di conformità", quale vera e propria "presunzione di difformità".

Ma è importante sottolineare che nessuno dei commentatori della direttiva è pervenuto a conclusioni di questo tipo che sono del resto completamente estranee al contenuto del già riportato *considerando* (20): se è vero che i *considerando* non hanno alcun rilievo vincolante ma assolvono al più ad una mera funzione interpretativa del contenuto delle direttive (21), è altrettanto vero che solo nel *considerando* in questione si trova il riferimento alla natura relativa della presunzione e che le spiegazioni in esso contenute non sono in alcun modo collegate con il problema dell'onere della prova relativo alla conformità o difformità del bene consegnato a quello dovuto,

Note:

(16) Cfr. Taruffo, *op. cit.*, 3 che evidenzia che «la ratio delle norme che pongono presunzioni sta nella volontà di attribuire un certo assetto normativo alla fattispecie, di semplificarne l'accertamento o di ripartire fra le parti gli oneri probatori secondo criteri diversi da quelli che deriverebbero dall'art. 2697 c.c., ma non in una valutazione circa la probabilità del fatto presunto, derivata da altri fatti»; ed aggiunge che le norme che pongono presunzioni «non hanno struttura inferenziale, ed operano solo nel senso di escludere la necessità della prova diretta di un determinato elemento della fattispecie sostanziale».

(17) Cfr., in tal senso, Fabbrini, *op. cit.*, 281, ad avviso del quale le ragioni della tecnica legislativa del ricorso alle presunzioni «si possono ritrovare in un *favor legis* per certi soggetti o certe situazioni giuridiche; *favor* che si esplica già a livello di norma materiale attraverso la sostituzione di un fatto, oscuro, ambiguo, non apparente, con un fatto chiaro, netto, facilmente individuabile al quale vengono collegate le conseguenze giuridiche del primo; e di conseguenza, sul piano del processo, si manifesta come strumento di facilitazione per l'adempimento di oneri probatori che altrimenti assai difficilmente potrebbero essere assolti; ma la facilitazione probatoria è un effetto consequenziale di quella modificazione della fattispecie sostanziale che la norma ha attuato e non l'effetto diretto della presunzione. Il tema di prova rispecchia fedelmente la fattispecie sostanziale, modificata l'una si modifica anche l'altro»; in senso analogo cfr. Comporti, *op. cit.*, 137.

(18) Ai sensi dell'art. 2728, comma 2, c.c., le presunzioni legali assolute investono essenzialmente la disciplina della nullità degli atti e della ammissibilità delle azioni: «le norme cui si ricollega il fenomeno della presunzione legale assoluta - così testualmente Taruffo, *op. cit.*, 1 - non pongono una presunzione ma dichiarano nullo un atto o escludono l'azione in giudizio sulla base di un ragionamento presuntivo che si suppone formulato dal legislatore come premessa di tali norme ... ne consegue che le sole presunzioni legali sono quelle relative, non solo e non tanto perché la legge ammette la prova contraria, ma perché è la legge a formularle direttamente».

(19) Mi sia consentito rinviare a quanto argomentato nel commento a Cass. n. 13533/2001, *Le Sezioni Unite chiudono un contratto e ne aprono un altro*, cit., 1565.

(20) Cfr. il contenuto testuale del *considerando* che è riportato alla n. 4.

(21) Sulla natura giuridica dei *considerando* contenuti nelle direttive comunitarie e sul loro carattere non vincolante cfr., tra le tante, Corte di giustizia 19 novembre 1998, n. C-162/97, punti da 53 a 55 e Corte di giustizia 13 luglio 1989, n. C-215/88, punti da 28 a 31.

inerendo esse essenzialmente alle caratteristiche che i beni devono possedere, delle quali, si scrive nello stesso *considerando*, sono state individuate le più comuni, senza peraltro voler restringere la libertà contrattuale delle parti ma con la fissazione di alcuni contenuti essenziali, da intendersi cumulativamente salvo che le circostanze del caso impongano di escludere uno o più tra i requisiti elencati.

La finalità effettivamente perseguita dal legislatore comunitario mediante il riferimento alla presunzione di conformità dei beni di consumo che presentino tutte le caratteristiche di cui all'elenco, ad eccezione di quelle di volta in volta "inappropriate" o "non pertinenti", è stata quella di tipizzare, sia pure con la formulazione orientata in termini positivi, i più frequenti e rilevanti casi di difformità, con l'avvertenza che questa tipizzazione non ha carattere esauriente potendo essere superata dal contenuto del singolo contratto che può, a seconda dei casi, escludere la rilevanza di un requisito di conformità fissato dalla legge ovvero aggiungere requisiti ulteriori rispetto a quelli che emergono dall'elenco normativo.

Ma, con riferimento a dette finalità, concordemente perseguite dalla direttiva comunitaria e dalla legge d'attuazione, e in relazione ai testi normativi, sia della direttiva sia dell'art. 1519-ter, c.c., è davvero appropriato qualificare il modello normativo di conformità al contratto in termini di presunzione legale di conformità? O non è forse più corretto qualificare il contenuto dell'elenco normativo alla stregua delle comuni norme integrative del contratto o suppletive, operanti cioè solo in mancanza di previsioni contrattuali? (22)

Si è visto che dei due temi probatori gravanti sulla parte che lamenta la difformità della prestazione eseguita a quella dovuta, il secondo, consistente nella prova della difformità, è del tutto estraneo alla disciplina della cosiddetta "presunzione di conformità al contratto". Meno estraneo si presenta, per contro, il primo tema probatorio, che ha riguardo al contenuto del singolo contratto: se non vi fosse l'elenco normativo sul quale di volta in volta si innesta la "presunzione di conformità al contratto" il consumatore avrebbe l'onere di dimostrare che la difformità lamentata costituisce difformità rispetto a quanto previsto nel titolo contrattuale. In tale prospettiva, che è poi quella correttamente seguita dalla quasi totalità dei commentatori (che però, non avendo affrontato il tema dell'onere della prova non hanno avvertito la possibile decettività della formula derivante dalla connessione delle due norme), l'utilizzazione della "presunzione di conformità" o della reciproca "presunzione di difformità" si rivela innocua sul piano applicativo e costituisce un altro modo di esprimere, facilitato dal linguaggio legislativo, lo stesso concetto che si esprime allorché si fa riferimento al contenuto normativo quale integrativo-suppletivo rispetto alle previsioni contrattuali. Forse l'effettiva finalità del legislatore comunitario sarebbe stata meglio espressa se l'art. 2 della direttiva fosse stato formulato così come l'art. 35 della Convenzione di

Vienna: avendo il legislatore comunitario optato per la traduzione in positivo ("conformità al contratto") della categoria della non conformità al contratto utilizzata dagli artt. 35 ss. della Convenzione di Vienna, la formulazione sia della direttiva sia dell'art. 1519-ter, comma 2, c.c., ha tradito la finalità che si voleva conseguire e che sarebbe stata più correttamente espressa mediante una formula analoga a quella che compare nel secondo comma dell'art. 35 della menzionata Convenzione, che stabilisce che "i beni non sono conformi al contratto se non ..." presentano le caratteristiche elencate nelle lett. da a a d.

Ma il secondo comma dell'art. 35 della Convenzione di Vienna si apre con la salvezza del "diverso accordo tra le parti": salvezza che vuol significare che l'elenco normativo dei beni considerati non conformi al contratto non vale allorché la concreta disciplina contrattuale contempli contenuti diversi rispetto a quelli normativamente elencati.

La formula di apertura del secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c., per cui «si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto» se sussistono le circostanze, e quindi se i beni presentano le caratteristiche, di cui all'elenco di seguito indicato, vuole, appunto, significare che è sufficiente la mancanza di una di dette caratteristiche a determinare la difformità del bene al contratto, a meno che si tratti di caratteristiche in "concreto non pertinenti" e sempre che la disciplina del singolo contratto non elimini il rilievo di una o più delle previsioni di cui all'elenco (realizzando così il superamento della "presunzione relativa" di difformità a carico del venditore); ma non è detto che la presenza di tutte le caratteristiche elencate comporti automaticamente la conformità al contratto, dato il carattere non esaustivo dell'elenco normativo e la conseguente possibilità che il contratto contempli requisiti ulteriori o diversi (realizzando così il superamento della "presunzione relativa" di conformità a carico del consumatore).

Viene però da chiedersi, anche sotto questo ulteriore e meno pericoloso profilo, dove si realizzi la deroga rispetto ai principi ordinari in materia di onere probatorio e come sia possibile che la stessa disciplina valga contem-

Nota:

(22) La qualificazione delle norme di cui all'art. 2, par. 2, della direttiva e all'art. 1519-ter, comma 2, c.c., quali norme integrative-suppletive si intreccia con il più frequente riferimento alle stesse norme come contenenti la "presunzione legale di conformità". Numerosi autori sovrappongono le due valutazioni e si esprimono al contempo nel senso che la normativa avrebbe introdotto "presunzioni" e che le regole dettate dall'art. 2 par. 2 sarebbero "regole di integrazione" (così, ad es., G. De Cristofaro, *op. cit.*, 73 ss.; ma cfr. Schlesinger, *Le garanzie cit.*, ad avviso del quale il legislatore «interviene con una serie di "presunzioni" - *rectius*: norme integrative o suppletive»). Ora, riesce difficile ascrivere alla stessa natura norme che hanno la funzione di supplire alla mancanza di specifiche previsioni contrattuali e norme contenenti presunzioni legali, la cui funzione è, come puntualizzato nel testo, quella di modificare la disciplina della fattispecie sostanziale incidendo nel senso di derogare rispetto alla ripartizione degli oneri probatori sulla base del generale principio di cui all'art. 2697 c.c.

poraneamente a fondare due contrapposte presunzioni: di conformità, nel caso di coesistenza di tutte le caratteristiche pertinenti, e di difformità, nel caso di mancanza anche di una sola tra dette caratteristiche.

Ciò tanto più che, una volta che venga in considerazione il “modello legale” di conformità al contratto, i problemi probatori non sono affatto esauriti dal momento che ciascuna delle fattispecie contemplate nell’elenco è investita a sua volta di problemi, spesso complessi, di carattere probatorio; o di carattere tecnico. Non basta infatti la previsione che sono conformi al contratto i beni «idonei all’uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo», occorrendo stabilire quale sia il tipo di appartenenza e quale sia l’uso al quale i beni del tipo servono abitualmente; così come non basta dire che sono conformi al contratto i beni «idonei all’uso particolare voluto dal consumatore e accettato dal venditore», occorrendo provare sia che il consumatore ha voluto l’uso particolare sia che lo stesso sia stato accettato dal venditore.

Pare di poter concludere che la scelta del legislatore comunitario di tradurre in positivo la categoria già delineata dalla Convenzione di Vienna e di mantenere la categoria positiva della conformità al contratto pur dopo aver previsto l’obbligo del venditore di consegnare beni conformi allo stesso contratto, si sia rivelata non felice, così come la relativa attuazione ad opera del legislatore italiano; e pare altresì che, alla luce delle riflessioni che precedono, le nuove disposizioni non abbiano inteso incidere e non hanno inciso sulla disciplina dell’onere della prova ancorata al disposto dall’art. 2697 c.c.

Allegazione di difformità dal modello legale e onere della prova

Poiché peraltro il riferimento alla “presunzione di conformità” si presenta fonte di possibili interpretazioni distorsive, pare utile ribadire che non è sostenibile la tesi, che pure è stata condivisa in uno dei primi commenti della novella, in virtù della quale sarebbe sufficiente la contestazione del consumatore in ordine alla assenza di una delle circostanze elencate alle lett. da *a* a *d* dell’art. 1519-ter, comma 2, c.c., a determinare l’accollo al venditore dell’onere di provare la ricorrenza della circostanza contestata.

Una tesi del genere, a mio avviso non sostenibile, non va confusa con la posizione di chi, pur esprimendosi in termini di presunzioni relative e ritenendo che il secondo comma dell’art. 1519-ter, c.c., non contenga precetti ma presunzioni, pone a carico del consumatore l’onere di dimostrare l’esistenza della difformità di volta in volta lamentata (23).

Mentre infatti la prima tesi finisce per ricostruire, nella disciplina di cui all’art. 1519-ter, c.c., una deroga al principio dell’onere della prova di cui all’art. 2697 c.c., la seconda delle ora riportate opinioni uniforma la disciplina della prova in materia di difetto di conformità a quella generale in materia di prova dell’inesatto adempimento.

Ne deriva che lo stesso interrogativo, di come sia possibile vincere la presunzione relativa che sarebbe contemplata nell’art. 1519-ter, comma 2, c.c., assume un significato tutt’affatto diverso a seconda che si affermi o si neghi che la norma citata realizzi una inversione dell’onere della prova rispetto alla regola generale di cui all’art. 2697 c.c.

L’interrogativo proposto da chi parte dalla premessa che l’onere di provare la difformità grava sul consumatore, non si innesta sulla situazione pressoché inestricabile che si verrebbe a creare allorché si ritenesse sufficiente la mera allegazione, da parte del consumatore, di una delle difformità rispetto all’elenco dell’art. 1519-ter, comma 2, c.c., per porre a carico del venditore l’onere di provare l’esistenza del requisito in concreto contestato; ma manifesta semplicemente la difficoltà di immaginare lo spazio in cui si possa collocare, a fronte dell’avvenuta dimostrazione della difformità da parte del consumatore, la prova contraria consentita al venditore.

A mio avviso, una volta che il consumatore abbia allegato e provato, essendo a suo carico il relativo onere, una delle difformità tipizzate dalla normativa comunitaria (ora dall’art. 1519-ter, comma 2, c.c.), il venditore potrà allegare e provare che nella fattispecie concreta il contratto non prevede la circostanza (*rectius*: il requisito o la caratteristica) ricompresa nell’elenco normativo.

L’argomento si presenta connesso con quello, che verrà trattato in seguito, della esistenza, all’interno del secondo comma dell’art. 1519-ter, c.c., di un contenuto normativo parzialmente inderogabile; ma pare utile evidenziare sin d’ora che una ulteriore riprova della correttezza della conclusione espressa in ordine al fatto che l’art. 1519-ter, c.c., non contempla né presunzioni di conformità né presunzioni di difformità ma l’elenco delle caratteristiche principali di volta in volta pertinenti, che il bene di consumo deve presentare se non è diversamente disposto dal contratto, emerge da quanto ulteriormente argomentato da chi ritiene, giustamente a mio avviso, che sia il consumatore a dover provare l’inesattezza lamentata ma che si possa configurare, a fronte di questa

Nota:

(23) Cfr., nel senso criticato nel testo, Leo, *op. cit.*, 29, che, dopo aver fatto riferimento a “presunzioni relative” (al plurale), aggiunge che «per ben intendere la norma, conviene ricostruirne il significato abbandonando la formulazione in termini di presunzione di conformità», affermazione questa pienamente condivisibile, ma completa il suo pensiero affermando che «il consumatore dedurrà che una delle quattro circostanze indicate sub a, b, c, d, non ricorre; il venditore potrà provare che - ciononostante - il bene è conforme: prova contraria che appare assai ardua». L’autore, nel pervenire a questa conclusione, rinvia a De Nova, *La ricezione della direttiva cit.*, 765, il cui pensiero emerge chiaramente dall’intero periodo: «il consumatore potrà limitarsi a dedurre che il bene si trova nella situazione corrispondente a quella prevista da una o più delle ipotesi rilevanti previste dall’art. 2 comma 2, indicandole (*in caso di contestazione da parte del venditore l’onere della prova sulla ricorrenza di una delle ipotesi grava sul consumatore*). Sarà il venditore a dover vincere la presunzione (che è relativa: considerando 8). E come potrà farlo?». Si chiarisce nel testo che lo stesso interrogativo assume rilevanza del tutto diversa nell’una e nell’altra delle due prese di posizione.

prova, una contrapposta prova del venditore, idonea a vincere la presunzione relativa conseguente alla prova fornita dal consumatore. È stato infatti affermato che «la prova contraria appare diabolica. Come potrà il venditore provare che nel particolare contratto di vendita è conforme al contratto un bene anche se non è conforme alla funzione e anche se non ha le qualità del modello o del campione (si è provato a dire: deducendo che il campione non era vincolante. Ma mi chiedo, si può in questo caso ancora parlare di campione?) (a); o che è conforme al contratto un bene anche se non è idoneo (b, c) o non ha le qualità o le prestazioni attese (d)?» (24).

Interrogativi di tale natura preludono ad una risposta che, nella quasi totalità dei casi, sarà negativa: il venditore non potrà provare la conformità al contratto del bene consegnato al consumatore e che quest'ultimo abbia dimostrato mancante di una delle caratteristiche elencate dal secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c., per la semplice ragione che, appunto, nella quasi totalità dei casi, vi sarà corrispondenza tra la concreta conformità al contratto e il modello di conformità normativamente enunciato. Sul piano delle affermazioni di principio, e salve le puntualizzazioni che saranno formulate alla fine del presente scritto, sia al venditore sia al consumatore è data la possibilità di dimostrare che l'accordo tra essi raggiunto si è formato in relazione ad un bene le cui caratteristiche non coincidono, in un senso (perché richiedono di più: la prova graverà sul consumatore) o nell'altro senso (perché richiedono di meno: la prova graverà sul venditore), con quelle normativamente elencate.

Ma si può correttamente qualificare in termini di prova contraria alla presunzione legale di conformità quella che il venditore fornisca in ordine al fatto che l'uso particolare del bene che il consumatore ha asserito essere stato da lui voluto e accettato dal venditore, allegando una lettera da cui risulta l'accettazione, è stato poi escluso nel corso della trattativa ulteriore intervenuta tra le parti? E, ancora, si può considerare come superamento della presunzione legale di conformità, quella insita nella produzione in giudizio, da parte del venditore, di documenti dai quali risulta che le parti hanno espressamente trattato la esclusione, dal bene oggetto del contratto, di una qualità connaturata al tipo di bene? E, reciprocamente, se il consumatore avrà dimostrato che il contratto effettivamente concluso con il venditore ha avuto ad oggetto un bene con caratteristiche del tutto inusuali rispetto agli *standards* ordinari dei beni dello stesso tipo, si dovrà dire che egli ha superato la presunzione legale di conformità o che più semplicemente ha fornito la prova del diritto ad ottenere il bene così come disciplinato dal contratto?

Verrà di seguito affrontata la questione, che coinvolge gli aspetti più delicati dei rapporti tra autonomia privata e modello legale di conformità, se le clausole del singolo contratto possano eliminare alcuni dei requisiti legali di conformità al contratto posti dall'art. 1519-ter,

secondo comma, c.c.: qualunque soluzione si ritenga di dover dare al problema pare davvero difficile che la risposta possa essere espressa in termini di superamento della presunzione legale di conformità. Se, infatti, si ritiene che le clausole contrattuali non possano escludere i, per ora non meglio identificati, requisiti minimi di idoneità all'uso e le qualità o prestazioni abituali, pure esse minime, di un bene dello stesso tipo, si dovrà concludere non che il venditore non è riuscito a vincere la presunzione relativa di difformità ma che, data la nullità, ai sensi dell'art. 1519-octies, c.c., (già inefficacia, ai sensi dell'art. 7, par. 1, della direttiva) delle clausole contrattuali di esclusione di detti requisiti, si è verificato il difetto di conformità rispetto al modello di bene, lamentato dal consumatore.

Qualora si ritenga, come a me pare, di aderire alla soluzione opposta, sarà ancora una volta difficile inquadrare la situazione che si viene a determinare in termini di superamento della presunzione relativa di conformità: in tal caso occorrerebbe anzitutto e più appropriatamente parlare di presunzione legale di difformità, conseguente al fatto che il consumatore ha fornito la prova della mancanza di uno dei requisiti contemplati dal modello normativo. Ma poiché lo stesso modello normativo contiene in sé criteri di conformità che possono collidere l'uno con l'altro, alla prova fornita dal consumatore in ordine alla mancanza del requisito di idoneità presente in beni dello stesso tipo, il venditore potrà replicare che il bene concretamente consegnato è conforme alla "descrizione da lui fatta" (espressione che compare alla lett. b dell'elenco di cui al secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c.) e sulla quale si è formato l'accordo contrattuale.

Saremo di fronte al superamento della presunzione legale (che non si sa bene a questo punto se chiamare di conformità o di difformità) o più semplicemente alla prevalenza della concreta descrizione contrattuale sul modello normativo di conformità al contratto?

A me pare in definitiva che la cosiddetta presunzione legale di conformità abbia poco a che fare con le presunzioni legali che, a norma dell'art. 2728 c.c., «dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite», ciò tant'è che essa non può dirsi stabilita né a favore del venditore né a favore del consumatore e, come ho tentato di chiarire, non elimina affatto i problemi probatori che si possono in concreto verificare in relazione ai rapporti tra modello legale e contenuto concreto del singolo contratto. Poiché molto spesso i contratti aventi ad oggetto la vendita di beni di consumo non contengono descrizioni particolari del bene compravenduto, le norme integrative del contratto si riveleranno oltremodo utili provvedendo ad indicare i criteri di massima ai quali andrà commisurata la decisione della con-

Nota:

(24) Così De Nova, *La recezione cit.*, 767.

troveria; criteri di massima in relazione ai quali saranno sviluppati i contrapposti assunti delle parti, ciascuno dei quali potrà porre problemi di ordine probatorio. Problemi, quali ad esempio quelli in materia di idoneità all'uso abituale di beni dello stesso tipo o quelli in materia di conformità del bene consegnato al campione presentato al consumatore, che si pongono non all'esterno ma all'interno della cosiddetta presunzione legale di conformità e che andranno affrontati e risolti sulla base delle ordinarie regole in materia di onere della prova. Sempre sulla base delle stesse regole andranno affrontati i problemi connessi all'esistenza di clausole particolari del singolo contratto di vendita che eventualmente pongano, in un senso o nell'altro, requisiti non coincidenti con quelli di cui all'elenco normativo.

Con specifico riferimento a quest'ultima categoria di problemi si potrà continuare a trattarli discutendo del superamento della presunzione relativa di conformità ma avendo ben chiaro che, al fine di stabilire quale parte dovrà sopportare il rischio per il fatto incerto, non verrà in considerazione una soluzione ancorata alla presunzione legale ma una soluzione ancorata al disposto dell'art. 2697 c.c., e cioè ai principi generali in materia di onere della prova, dovendo la ripartizione dei relativi oneri avere riguardo o al contenuto concreto del singolo contratto o, in mancanza di clausole difformi dal modello normativo, al contenuto dell'elenco dei requisiti fissati dal secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c.

Le cose stanno ben diversamente qualora si ritenga che il venditore debba dimostrare la sussistenza della circostanza, tra quelle normativamente elencate, contestata dal consumatore: dire che una prova del genere sarebbe diabolica è equivalente a dire che al consumatore sarà consentito formulare una contestazione, tra quelle possibili in relazione alle circostanze normativamente elencate, per poter avere la quasi certezza di prevalere nel conflitto giudiziario sorto con il venditore (25). Se queste fossero le conclusioni imposte sulla base della nuova normativa si dovrebbe ritenere che la giusta finalità di tutela sostanziale delle ragioni dei consumatori sarebbe stata trasfusa in un testo normativo che, al di là delle encomiabili intenzioni, porterebbe a conseguenze aberranti.

È per contro da ritenere che il consumatore che intenda ottenere la tutela contemplata dall'art. 1519-quater, c.c., ha l'onere di dimostrare, in primo luogo, che il bene di consumo consegnatogli dal venditore presenta un difetto di conformità e, tra essi, uno di quei difetti che conseguono alla elencazione normativa dei beni di consumo che "si presumono conformi al contratto". L'onere della prova della difformità implica l'onere della prova relativa alle caratteristiche o qualità che il bene avrebbe dovuto avere per essere considerato conforme al contratto; e, in questa prospettiva, la mancanza di specifiche patteggiamenti contrattuali è superabile proprio dalla previsione legale dei requisiti minimi di conformità del bene al contratto (26).

La "vera" presunzione legale di cui all'art. 1519-sexies, terzo comma, c.c.

Stando ai principi in materia di onere della prova, il consumatore dovrebbe in secondo luogo dimostrare che il difetto di conformità lamentato (la cui prova è a suo carico) sussisteva già al momento della consegna del bene; dimostrazione che si potrebbe rivelare difficile così come emerge dalla esperienza giurisprudenziale in materia di prova dell'esistenza dei vizi al momento della conclusione del contratto (27). Si comprende pertanto che il legislatore comunitario abbia inteso sottrarre il consumatore a questo ulteriore onere probatorio prevedendo all'art. 5, par. 3, della direttiva, (questa volta) una vera e propria presunzione relativa: la presunzione legale che il difetto di conformità manifestatosi entro sei mesi dalla consegna del bene fosse già esistente al momento della consegna. Il legislatore dell'attuazione ha recepito detta previsione all'art. 1519-sexies, comma 3, c.c.

Si può discutere se questa deroga alla regola ordinaria in materia di distribuzione dell'onere probatorio sia giustificata o aggravi eccessivamente la posizione del venditore; così come si può discutere se il periodo di sei mesi entro il quale è contenuta la presunzione dovesse essere maggiormente esteso. Con riferimento all'analogia previsione di cui all'art. 5, par. 3, della direttiva è stato ad esempio affermato che si presenta scarsamente ragionevole l'inversione dell'onere della prova nei rapporti tra venditore e consumatore, tenuto conto che il primo non ha più la disponibilità del bene e, dovendo agire in via di regresso nei confronti del precedente venditore, si verrà a trovare nella duplice difficoltà di dover superare la presunzione nei rapporti con il consumatore e di dover dimostrare la preesistenza del vizio all'acquisto, nei rapporti con il proprio venditore (28).

Note:

(25) «Quale peso dare - scrive ancora Leo, *op. cit.*, 37 - alle diverse norme in tema di difetto di conformità? Due norme si contenderanno il campo. La prima, la norma che, ponendo una presunzione, consente al consumatore di *limitarsi a dedurre* che il bene non è conforme alla descrizione specifica (o al modello o al campione), o non è idoneo all'uso speciale da lui voluto, o non è idoneo all'uso tipico, o non ha le qualità, o non offre le prestazioni attese e dichiarate in via generale, *per attendere fiducioso che il venditore tenti una pressoché impossibile prova contraria*. La seconda, la norma che consente al venditore di opporre che il consumatore sapeva o doveva sapere (oppure che sono i materiali forniti dal compratore la causa di ogni male)».

(26) Cfr. nello stesso senso G. De Cristofaro, *op. cit.*, 242 ss.

(27) Difficoltà probatorie che hanno portato qualche precedente giurisprudenziale ad affermare che «la circostanza provata dal compratore, della presenza di vizi al momento dell'arrivo della merce, può integrare una presunzione semplice per desumere la preesistenza dei vizi stessi al momento della consegna al vettore, con il conseguente onere della prova contraria a carico del venditore», così Cass. 24 maggio 1980 n. 3413, in *Giust. civ. mass.*, 1980, fasc. 5.

(28) Cfr., in tal senso, Wolf, *Reform des Kaufrechts durch Eg-Richtlinie - ein vorteil für die wirtschaft*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1997, 902; cfr., altresì, G. De Cristofaro, *op. cit.*, 245, il quale aggiunge che «difficile dire fino a che punto sia giustificata la deroga apportata dalla direttiva a

(segue)

Pare peraltro importante sottolineare che la presunzione legale di cui all'art. 1519-*sexies*, comma 3, c.c., non vale allorché «sia incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità». Il primo dei due parametri, («la natura del bene») pare debba essere inteso nel senso che la presunzione non potrà operare tutte le volte in cui la concreta utilizzazione del bene impedisca di stabilire la consistenza del bene stesso al momento della consegna. Il secondo parametro («la natura del difetto di conformità») consente di escludere la presunzione nel caso di difetto collegato alla normale usura del bene ovvero a cause esterne rispetto alla utilizzazione del bene stesso, quali interventi anomali del consumatore o di terzi (29).

Naturalmente l'onere della prova della incompatibilità del difetto con la presunzione legale che esso sussistesse all'atto della consegna, fa carico al venditore.

Pare però importante sottolineare che la prova della incompatibilità della presunzione con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità, presenta un contenuto tutt'affatto diverso dalla prova contraria cui il venditore è ammesso nei casi in cui la presunzione opera: questa è prova storica che sarà raggiunta solo se il venditore dimostri che al momento della consegna il bene non presentava il difetto di conformità lamentato e provato dal consumatore; quella è prova critica a contenuto per lo più tecnico, per la quale si rivelerà spesso necessaria l'integrazione delle cognizioni del giudice mediante l'esperimento di una consulenza tecnica d'ufficio.

Pare infine che la presenza della presunzione relativa di cui all'art. 1519-*sexies*, comma 3, c.c., costituisce un ulteriore argomento contro la tesi che vorrebbe porre a carico del venditore l'onere di provare la caratteristica contestata dal consumatore: se questa fosse l'interpretazione corretta dell'art. 1519-*ter*, comma 2, c.c., non vi sarebbe stato bisogno della ulteriore presunzione, dal momento che non sarebbe dovuto essere il consumatore a provare che il difetto era già esistente al momento della consegna ma sarebbe dovuto essere il venditore a provare l'esistenza del requisito di conformità al momento della conclusione del contratto.

Il problema del contenuto minimo della garanzia

Se le riflessioni che precedono sono corrette, la differenza di tecnica legislativa che emerge dal confronto tra il secondo comma dell'art. 35 della Convenzione di Vienna e il comma 2 dell'art. 1519-*ter*, c.c., si presenta di non grande rilevanza dal momento che entrambe le disposizioni intendono impartire i criteri di massima ai quali ci si deve attenere per stabilire se il bene oggetto del contratto sia oppure no conforme al contratto. Che vi sia una indubbia connessione tra i due testi normativi è confermato anche dall'esame congiunto dei due elenchi normativi di caratteristiche che i beni devono presentare: vi sono infatti forti analogie tra detti elenchi, che presentano addirittura alcuni parametri identi-

ci, come, ad esempio, quello enunciato alla lett. *a*, che fa riferimento a beni «idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo». La lett. *b* del secondo comma dell'art. 1519-*ter*, c.c., si collega alla lett. *c* del comma 2 dell'art. 35 della Convenzione di Vienna, così come la lett. *d* della nuova norma presenta connessioni con la lett. *b* del citato art. 35. La novità più rilevante dell'elenco di cui all'art. 1519-*ter*, c.c., è rappresentata dal rilievo delle dichiarazioni pubblicitarie, anche provenienti da soggetti diversi dal venditore (previsione contenuta nella seconda parte della lett. *c*). Inoltre, la Convenzione di Vienna contiene un parametro relativo alle modalità di sistemazione e di imballaggio che non trova riscontro nel più recente modello legislativo.

La più significativa divergenza tra i due testi si collega all'incipio iniziale del secondo comma dell'art. 35 della Convenzione, che, come già ricordato, prevede la salvezza del «diverso accordo tra le parti» e chiarisce pertanto che l'elenco normativo è destinato a supplire alla mancanza di una disciplina pattizia.

Rispetto all'art. 2, par. 2, della direttiva è stato posto il quesito se le caratteristiche legali che i beni devono possedere per essere «conformi al contratto» siano totalmente suscettibili di essere oggetto di una diversa regolamentazione; se in particolare presentino contenuto inderogabile i requisiti che si collegano alle caratteristiche proprie dei «beni dello stesso tipo» (espressione che ricorre ben due volte nell'elenco normativo) ovvero alle «dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni». È stato scritto al riguardo che «il problema è ... se le presunzioni di cui al secondo comma dell'art. 2 operino soltanto nel silenzio del contratto sulle caratteristiche del bene. Non si tratta di una questione di validità di clausole di deroga (poiché il secondo comma dell'art. 2

Note:

(segue nota 28)

questo principio generale per favorire il consumatore. L'affermazione della Commissione, secondo cui è «di solito più facile per il professionista dimostrare che il difetto di conformità non era presente al momento della consegna» appare infatti una petizione di principio. Né sembra decisiva la considerazione che, di regola, la quantità e la qualità delle informazioni relative al bene di consumo delle quali il professionista può entrare in possesso (anche in virtù dei rapporti che lo legano al produttore) è assai superiore a quella delle informazioni cui può accedere il consumatore. In ogni caso, non sono condivisibili le valutazioni di quanti ritengono che, in virtù del peggioramento della posizione giuridica del venditore che indubbiamente consegue all'inversione dell'onere della prova disposta dal par. 3 dell'art. 5, i professionisti si troveranno gravati da oneri eccessivi ed insostenibili, ed aumenterà il rischio che i consumatori, abusando del vantaggio che è stato loro accordato, li «sommengano» di richieste pretestuose ed infondate. L'operatività della presunzione, infatti, è espressamente esclusa dallo stesso art. 5, par. 3 quando sia incompatibile con la «natura del bene» ovvero con la «natura del difetto di conformità».

(29) Cfr., con riferimento alla descrizione delle varie opinioni espresse dalla dottrina straniera in relazione alla opportunità della presunzione legale che il difetto emerso nei sei mesi dalla consegna preesistesse al momento in cui il venditore ha consegnato il bene al compratore - consumatore, G. De Cristofaro, *op. cit.*, 245 ss.

non pone un precetto, bensì una presunzione), ma di operatività della presunzione» (30).

Alla fine, però, la sostanza del problema non cambia, trattandosi di stabilire, a voler seguire l'impostazione che mi pare preferibile, se siano valide tutte le clausole del contratto che contengano una disciplina diversa dal modello legale; ovvero, qualora si condivida la diversa impostazione ora richiamata, se siano superabili, attraverso la disciplina pattizia, tutte le componenti della presunzione posta dal par. 2, art. 2, della direttiva (ora dall'art. 1519-ter, comma 2, c.c.).

Così impostato il problema, a me pare che, al fine di evitare un notevole livello di astrattezza nella relativa trattazione, sia necessaria una ulteriore delimitazione, dopo però che siano state poste due premesse di carattere generale, apparentemente esterne e estranee al problema ma che servono in realtà a delinearne la portata e a farne emergere la consistenza sia sul piano dei principi di diritto sostanziale sia su quello dei riflessi processuali.

La prima premessa investe l'opportunità di evitare di operare contrapposizioni tra più nozioni di "conformità al contratto" quasi che, una volta individuata nella categoria unitaria introdotta dalla nuova disciplina un modo per liberarsi delle varie patologie che possono affliggere il bene oggetto dell'ordinaria compravendita, divenga inevitabile la introduzione di nuove distinzioni.

È pressoché certo che, come ho già avuto modo di osservare, gli indici di difformità dal contratto che verranno delineandosi in sede di applicazione delle nuove norme, finiranno per reiterare le tipologie tradizionali, spesso artificiose, di difetti emergenti in sede di applicazione degli artt. 1490 ss., c.c.: ma, se non altro, verrà meno ogni rilevanza di dette distinzioni in sede applicativa se si eccettua, ai fini dell'applicazione dell'art. 1519-*quater*, ultimo comma, c.c., quella tra difetti di normale e di lieve entità.

Di fronte all'elenco normativo di cui al secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c., pare che vi possa essere il pericolo di duplicare la nozione di "conformità al contratto" e, specularmente, quella di difetto di conformità, a seconda che si abbia riguardo alla descrizione convenzionale del bene (in tal caso conformità al contratto significa conformità all'accordo contrattuale) ovvero alla descrizione che emerge dal modello legale o, se si preferisce, dalla presunzione legale di conformità (in tal caso conformità al contratto significa, appunto, conformità al modello legale).

La seconda premessa invita a riflettere sulla portata della comune osservazione per cui il modello legale è destinato a presentare importanza preminente sol che si consideri che nella vendita dei beni di consumo sarà spesso assente una dettagliata descrizione delle caratteristiche dei beni, tanto più quando dovesse mancare un documento contrattuale; e che anche la presenza del documento contrattuale non potrebbe essere rassicurante perché nella gran parte dei casi il suo contenuto spec-

chierebbe moduli unilateralmente predisposti dal venditore - produttore.

Queste osservazioni colgono indubbiamente nel segno e invitano a una rilettura dell'elenco dei requisiti o caratteristiche legali, all'esito della quale si scopre che le sole "circostanze" emergenti dal secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c., che riguardano i beni in sé considerati sono quelle relative alla idoneità all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo (lett. a); e alle qualità e prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo (prima parte della lett. c).

È noto che nella formazione della direttiva si è molto discusso se la descrizione legale dovesse privilegiare un criterio unico e oggettivo di conformità, quale quello ancorato alle "legittime aspettative dell'acquirente" o parametri, come quelli poi prevalsi, di prevalente natura soggettiva (31).

Se ora si volesse immaginare che il venditore non abbia fatto alcuna descrizione del bene, che non vi siano campioni o modelli, che manchino dichiarazioni pubbliche provenienti dal venditore o da terzi e che, infine, nessun uso particolare sia stato voluto dal consumatore e/o sia stato accertato dal venditore, si arriverebbe alla conclusione che, per essere conforme al modello legale, il bene dovrebbe essere idoneo all'uso abituale e dovrebbe presentare le qualità e prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo: con altre parole non ci si discosterebbe molto dalla necessità che il bene non presenti vizi e presenti le qualità essenziali. Davvero "troppo poco" per giustificare il clamore che presenta la nuova disciplina, alla quale va invece assegnata effettivamente grande importanza; e, per altro verso, "troppo" se si considera che beni dello stesso tipo possono essere abitualmente utilizzati per una pluralità di usi e che le qualità e prestazioni abituali di beni dello stesso tipo possono essere, ancora una volta, molteplici.

Ne deriva che il modello legale di conformità al contratto finisce col rinviare, oltre che alle indicate caratteristiche oggettive dei beni, anche e soprattutto a parametri collegati al contenuto del singolo contratto cui è fatto riferimento allorché si richiede che: il bene sia conforme alla descrizione fatta dal venditore; possieda le qualità del campione o modello; sia idoneo all'uso particolare voluto dal consumatore e accettato dal venditore anche

Note:

(30) Cfr. De Nova, *La recezione della direttiva cit.*, 766.

(31) Cfr., per la illustrazione delle vicende relative alla formazione dei criteri poi inseriti nell'art. 2, par. 2, della direttiva, G. De Cristofaro, *op. cit.*, 71 ss., che ricorda che mentre l'originaria intenzione della Commissione, quale emergente dal Libro Verde, era quella di ancorare la nozione di non conformità al criterio oggettivo delle legittime aspettative, successivamente, a seguito della netta opposizione dei rappresentanti delle categorie dei produttori e dei venditori, la stessa commissione, già nella Proposta del 1996 si risolse ad adottare, in sostituzione del criterio "oggettivo" della conformità alle legittime aspettative del consumatore, il criterio "soggettivo" della conformità del bene al contratto, già utilizzato nella Convenzione di Vienna.

per fatti concludenti. Nella descrizione fatta dal venditore sono ricomprese tutte le caratteristiche che servono alla descrizione dell'oggetto del contratto, ivi comprese le caratteristiche estetiche, le misure e a quant'altro serve anche ai fini della collocazione del bene presso il consumatore.

Enorme importanza presenta, infine, il collegamento tra le ragionevoli aspettative del consumatore in ordine alle qualità e prestazioni del bene e le dichiarazioni pubbliche provenienti sia dallo stesso venditore sia dal produttore o da agenti o rappresentanti dello stesso produttore.

La tesi della inderogabilità dell'art. 2, par. 2, della direttiva (art. 1519-ter, comma 2, c.c.) e la relativa critica

Alla luce di queste premesse può essere affrontato il quesito della cosiddetta "tutela minimale" che si vorrebbe individuare nel contenuto dell'art. 2, par. 2, della direttiva e, quindi, del secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c. È stato scritto in proposito che «ove si riconoscesse alle parti piena libertà di determinazione dei contenuti del contratto, l'intero apparato di tutela predisposto dalla direttiva rischierebbe di essere vanificato, poiché sarebbe assai facile eluderne l'applicazione» (32): i venditori potrebbero infatti inserire nei regolamenti negoziali da loro predisposti clausole che nel descrivere caratteristiche del bene venduto, prevedano livelli di qualità e prestazioni assai bassi, con la conseguenza che i consumatori verrebbero privati della possibilità di avvalersi dei rimedi accordati dalla direttiva. Ne deriverebbe che clausole di tale natura dovrebbero essere considerate rientranti tra quelle che limitano indirettamente i diritti derivanti dalla direttiva e quindi non vincolerebbero il consumatore ai sensi dell'art. 7, par. 1, della direttiva (ora art. 1519-octies, comma 1, c.c.).

L'art. 2, par. 2, della direttiva (e, ovviamente, la corrispondente norma di cui all'art. 1519-ter, comma due, c.c.) assumerebbe, secondo l'opinione ora riportata «un ruolo assai più importante di quello asseritamente attribuito dagli organi comunitari» dal momento che le "presunzioni" in esso contemplate non assolverebbero solo una funzione integrativa del contratto nel caso in cui manchino, nel regolamento negoziale, "clausole specifiche", ma definirebbero «gli elementi costitutivi della nozione di "conformità al contratto", "elementi minimi" e inderogabili, che alle parti non è dato modificare in senso sfavorevole al consumatore». In definitiva, i beni di consumo non sarebbero "conformi al contratto" nei casi in cui, pur essendosi le parti accordate in tal senso, essi non presentino «(almeno) i requisiti, le caratteristiche e le qualità che debbono considerarsi contrattualmente dovuti in applicazione delle "presunzioni" dettate dall'art. 2, par. 2» (33).

Le argomentazioni ora richiamate evidenziano un problema reale anche se devono essere affrontate avendo presente la "doppia anima" della direttiva (34), che è

stata finalizzata a impegnare i legislatori nazionali non soltanto alla formazione di una disciplina della vendita dei beni ispirata alla tutela del consumatore ma anche alla creazione di una base legislativa minima che, nel rispetto delle norme interne di maggior favore, favorisca la libera circolazione delle merci e eviti le distorsioni della concorrenza fra i venditori: "doppia anima" che traspare anche dal *considerando* n. 7, nel quale si evidenzia, da un lato, che «i beni devono soprattutto essere conformi alle disposizioni contrattuali», ma si aggiunge, dall'altro, che «nell'ambito di determinate tradizioni giuridiche nazionali può non essere possibile affidarsi esclusivamente a detto principio al fine di garantire un livello minimo di protezione al consumatore». In questa seconda prospettiva, è stato affermato senza incertezze essere «del tutto pacifico tra i commentatori della direttiva il carattere imperativo delle disposizioni della stessa» (35).

Ora, che la direttiva e la legge attuativa contemplino norme imperative è fuori discussione dal momento che, il carattere imperativo è enunciato a chiare lettere dai citati art. 7, par. 1, della direttiva e 1519-octies, comma 1, c.c.: ma il problema che stiamo affrontando concerne non la disciplina dei "diritti del consumatore" (formula che individua la rubrica dell'art. 1519-quater, c.c.) ma la libertà di cui godono le parti nell'orientare il giudizio di conformità o non conformità al contratto.

Ne deriva che il quesito proposto non deve essere confuso con quelli che emergono dall'approfondimento del tema della incidenza della normativa in materia di vendita al consumo, sui patti modificativi della responsabilità del venditore: tema che è direttamente investito dalla inderogabilità della disciplina dei "diritti del consumatore", quale emerge dall'art. 1519-quater, c.c., (e, prima, dall'art. 3 della direttiva) (36).

Note:

(32) Così testualmente G. De Cristofaro, *op. cit.*, 76. Nelle pagine successive si trovano sviluppati gli ulteriori argomenti sinteticamente richiamati nel testo.

(33) In tal senso, ancora, G. De Cristofaro, *op. cit.*, 141.

(34) Cfr. Falzone Calvisi, *Garanzie legali cit.*, 448, che fa riferimento alla contraddittorietà della *ratio* della direttiva. Cfr., altresì, Delogu, *I patti modificativi cit.*, 490, che scrive della costante tensione presente nel provvedimento comunitario «che vede, da un lato, la riaffermazione del principio dell'autonomia contrattuale e l'apertura alle libere determinazioni delle parti e, dall'altro, pone ai legislatori nazionali l'obiettivo di costruire uno spazio senza frontiere interne, nel quale l'armonizzazione delle regole crei una base legislativa comune "applicabile a prescindere dal luogo di acquisto dei beni" e capace di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori, di facilitare la libera circolazione delle merci e di favorire lo sviluppo della vendita dei beni mediante le nuove tecnologie di comunicazione a distanza».

(35) Così Luminoso, *Appunti cit.*, 91.

(36) È estranea, pertanto, alla questione trattata nel testo, la problematica oggetto della sentenza di Trib. Torino 16 aprile 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 299 ss. e in App. Torino, 22.2.2000, confermativa della citata decisione del Tribunale, in *Giur. it.*, 2000, 2112 ss. Al caso affrontato dai menzionati precedenti giudiziari relativo ad una clausola, contenuta nelle
(segue)

Nel procedere all'esame dei surriportati argomenti, con i quali si vorrebbe sostenere che la "tutela minima" offerta dalla nuova disciplina al consumatore sia interna al disposto della "presunzione legale di conformità", pare anzitutto che le fondate preoccupazioni che clausole *standards* possano contemplare una descrizione della qualità del bene venduto, tale da abbassarne molto il livello rispetto alle caratteristiche normali, trovano una loro più pertinente collocazione all'interno della problematica delle clausole vessatorie di cui agli artt. 1469-bis, ss., c.c., (trattandosi peraltro di verificare in *limine* se dette clausole, in quanto considerate attinenti alla determinazione dell'oggetto del contratto, siano escluse dal giudizio di vessatorietà).

A prescindere da questo profilo, non pare che l'art. 1519-ter, comma 2, c.c., (così come l'art. 2, par. 2, della direttiva) contempli disposizioni la cui violazione possa rientrare nella previsione di nullità di cui all'art. 1519-octies, c.c.

Alla luce di quanto osservato in precedenza in ordine al contenuto delle singole previsioni di cui all'elenco normativo, pare inoltre difficile che si possa trovare in detto elenco il criterio di determinazione della tutela minima che la nuova legge offre al consumatore.

Il percorso argomentativo che dovrebbe portare alla conclusione opposta parrebbe ancorato alla necessità di individuare, all'interno dell'elenco normativo, i requisiti oggettivi inerenti ai "beni dello stesso tipo" che finirebbero col concretizzare «il carattere minimale ed inderogabile della protezione accordata dalla direttiva», dalla cui lettura emergerebbe «come i limiti posti all'autonomia privata, in sede di definizione dei contenuti delle caratteristiche e qualità del bene, si traducono in una obiettivazione dello standard qualitativo desumibile non solo dalla pubblicità, che accompagna la sua distribuzione commerciale influenzando le ragionevoli aspettative del consumatore, ma anche dalle regole legali, poste dalla normativa comunitaria, in funzione antagonista con la libertà contrattuale delle parti» (37).

Ma poiché, come chiarito in precedenza, le caratteristiche oggettive che emergono dall'elenco normativo non vanno di molto oltre rispetto alle caratteristiche la cui mancanza è già rilevante sulla base della disciplina codicistica della vendita, sia pure con i limiti propri di una disciplina frammentaria, insoddisfacente e non rispondente alle esigenze attuali, lo sforzo argomentativo volto a collegare al suddetto elenco normativo la "tutela minima" del consumatore, potrebbe rivelarsi doppiamente inidoneo rispetto allo scopo: e ciò perché è difficile individuare nel secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c., un nucleo minimo che non sia derogabile dalle parti (o, secondo la diversa prospettiva già ricordata in precedenza, casi di impossibilità di superare la presunzione legale); e, anche ammesso che si riesca nello scopo, è difficile che questa "tutela minima" corrisponda effettivamente all'interesse del consumatore.

Si ipotizzi che un bene, appartenente ad una categoria di

beni che abitualmente sono idonei a una pluralità di usi, sia in concreto inidoneo ad assolvere uno di detti usi; e si ipotizzi altresì che il consumatore non abbia interesse a ottenere che il bene acquistato sia idoneo anche all'uso abituale e possa conseguentemente godere del minor corrispettivo pattuito con il venditore proprio in ragione della parziale inidoneità del bene ad assolvere tutti gli usi dei beni dello stesso tipo.

Non si comprende in ragione di quale esigenza di tutela minimale dovrebbe essere considerata nulla la clausola che rispecchi questo tipo di regolamento contrattuale. Analoga osservazione vale con riferimento al caso della mancanza in concreto di una qualità o prestazione che normalmente è presente in beni dello stesso tipo (38).

Queste osservazioni, già valide se riferite alla compravendita di un bene di specie già esistente al momento della conclusione del contratto, sono tanto più pertinenti se riferite alla vendita di cose di genere e, soprattutto, ai contratti che impegnano il cosiddetto venditore a una prestazione di *facere* direttamente collegata alla intervenuta stipulazione del contratto con il consumatore.

Molto spesso, nel trattare i problemi connessi all'applicazione del contenuto della direttiva (e ora della legge attuativa), ci si dimentica del fatto che la disciplina di "taluni aspetti del contratto di vendita e delle garanzie concernenti i beni di consumo" riguarda in realtà una ben più vasta serie di tipologie contrattuali e, tra essi, oltre all'appalto e al contratto d'opera «tutti gli altri con-

Note:

(segue nota 36)

condizioni generali di contratto per la compravendita di autoveicoli, con cui si escludeva l'applicazione della disciplina legale della garanzia per i vizi della cosa venduta e, in particolare, la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto, per sostituirla con una serie di prestazioni integranti, nella sostanza, gli estremi della garanzia di buon funzionamento, sono dedicate le riflessioni di Delogu, *I patti modificativi* cit., 493 ss.

(37) Così De Matteis, *Il difetto di conformità* cit., 50, che, pur facendo riferimento al "meccanismo delle presunzioni", che asserisce testualmente che «le regole "legali" di integrazione del contratto, desumibili attraverso l'articolata previsione di presunzioni volte a decretare la conformità del bene al "dovuto", vengono a svolgere un ruolo non solo in funzione suppletiva all'autonomia privata ma anche in funzione antagonista con l'autonomia privata: in funzione suppletiva in ipotesi di mancata o incompleta regolamentazione pattizia, in funzione antagonista ogniqualvolta l'esercizio dell'autonomia privata si svolga in contrasto con il carattere minimale ed inderogabile della protezione accordata dalla direttiva».

(38) Cfr. sul punto De Nova, *La ricezione della direttiva* cit., 766, il quale, dopo avere espresso il dubbio che una risposta affermativa in ordine alla prevalenza del contratto rispetto alle disposizioni integrative possa vanificare la tutela offerta dalla direttiva e ciò perché «il principio rimarrebbe quello secondo cui il consumatore ha i diritti previsti dal contratto», aggiunge testualmente che: «d'altra parte, una risposta genericamente negativa non convince. Non si vede ad esempio perché non dovrebbe essere valida una clausola di un contratto di vendita in cui si prevedesse che un bene è idoneo soltanto ad una parte degli usi ai quali servono abitualmente beni dello stesso tipo. Né si dica che l'art. 7 prevede che non vincolano le clausole che escludono o limitano "i diritti derivanti dalla presente direttiva": perché il punto è quello di accertare quali sono i diritti derivanti dalla direttiva».

tratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre» (1519-*bis*, c.c.). Da fabbricare o produrre non necessariamente in serie, perché altrimenti si tratterebbe di vendita di cosa di genere o di cosa futura, ma quale specifico oggetto della prestazione principale del professionista, che (si potrà pure chiamare venditore, in ossequio alla definizione contenuta nello stesso art. 1519-*bis*, c.c.) in realtà è un appaltatore o un prestatore d'opera.

Può ben accadere, in questi casi molto più che in quelli connessi alla stipulazione di contratti di vendita, che il consumatore intenda ottenere un risparmio sul corrispettivo dovuto per la realizzazione del bene e che, nondimeno, il bene sia qualificabile come bene appartenente ad un "tipo" (39). Sarebbe davvero anomalo che, malgrado sia indubbia l'incidenza sul prezzo delle caratteristiche concrete del bene e quindi della inidoneità ad un determinato uso ovvero della assenza di una determinata qualità (connaturate l'una e l'altra al "tipo" di bene), il consumatore possa poi lamentare dette carenze al fine di ottenere i rimedi contemplati nell'art. 1519-*quater*, c.c.

L'irragionevolezza di questa conclusione emerge in modo evidente allorché sia possibile stabilire un collegamento tra l'inidoneità all'uso o la mancanza di qualità, da un lato, e il corrispettivo pattuito, dall'altro. Ma è difficile ipotizzare una differente soluzione della questione a seconda che si verifichi o no detto collegamento e che, pertanto, vi sia una spiegazione della inidoneità o mancanza di qualità in termini oggettivi e di equilibrio dello scambio contrattuale. È ben possibile o è addirittura probabile che l'accordo raggiunto tra le parti relativamente alle caratteristiche concrete del bene, realizzi, nei casi di caratteristiche negative che non trovino riscontro in una diminuzione del corrispettivo rispetto ai prezzi abituali, un abuso del professionista ai danni del consumatore. Ma se si ritiene, come a me pare si debba ritenere, che l'art. 1519-*bis*, secondo comma, c.c., non contenga requisiti oggettivi dei beni di consumo tali da costituire il minimo delle utilità che gli stessi beni devono offrire al consumatore, la conclusione pressoché obbligata è nel senso che il bene che si uniforma alla descrizione contenuta nel singolo contratto dovrà essere considerato "conforme al contratto".

La già esaminata opinione dottrina, che ha insistito sulla «inderogabilità delle regole "presuntive" dettate dall'art. 2, par. 2, della direttiva» (40), finisce col cadere in contraddizione con sé stessa allorché perviene a questa conclusione pur dopo aver dato atto che il giudizio di conformità al contratto fa anzitutto riferimento alle clausole del contratto di vendita e soltanto «se e nella misura in cui il problema non sia stato affrontato affatto (ovvero sia stato affrontato solo in parte) da specifiche pattuizioni contrattuali si può fare ricorso "alle presunzioni" sancite dall'art. 2, par. 2, le quali, in quanto regole suppletive di integrazione del contratto dovrebbero, a rigore, essere utilizzate soltanto per colmare le lacune eventualmente presenti nel regolamento negoziale». E,

peraltro, «le pesanti limitazioni poste alla libertà dei contraenti dall'art. 7, par. 2», porterebbero a un forte ridimensionamento degli spazi concessi all'autonomia negoziale «la quale può dispiegarsi soltanto nel senso di aumentare o confermare il livello di tutela assicurato dal par. 2 dell'art. 2, non però nel senso di ridurlo». Occorrerebbe procedere al confronto tra la posizione del consumatore quale consegue al contratto dallo stesso stipulato e quella in cui egli si troverebbe qualora il contenuto dell'obbligazione del professionista venisse determinato esclusivamente in applicazione delle "regole presuntive" stabilite dal par. 2 dell'art. 2 della direttiva; e qualora il confronto evidenziasse una posizione peggiore del consumatore rispetto a quella in cui egli si troverebbe se si facesse applicazione del modello legale, si dovrebbe concludere per la inefficacia (ora per la nullità, ai sensi dell'art. 1518-*octies*, c.c.) delle clausole pattizie che determinano questa posizione peggiore.

L'iter argomentativo ora richiamato, oltre che evidenziare la difficoltà di coordinamento interno, perviene a risultati difficilmente condivisibili dal momento che dà per risolta la questione della inderogabilità della cosiddetta presunzione legale di conformità senza individuare gli argomenti normativi che dovrebbero sorreggere questa conclusione.

A mio avviso è sommamente difficile dimostrare che l'art. 1519-*ter*, comma 2, c.c., contenga disposizioni inderogabili: se, infatti, la descrizione delle caratteristiche del bene di consumo dovesse necessariamente uniformarsi all'elenco normativo, risulterebbe del tutto incomprensibile sia il riferimento alla necessità che «i beni devono soprattutto essere conformi alle disposizioni contrattuali» (contenuta nel *considerando* n. 7); sia quello alla presunzione relativa di conformità come regola che «non restringe il principio della libertà contrattuale delle parti» (cui fa riferimento il *considerando* n. 8).

La norma, che, con espressione non felice, ha fatto riferimento alla "presunzione di conformità del bene al contratto", sarebbe dovuta essere formulata in termini imperativi, tali da far emergere che la finalità perseguita con l'elenco normativo era quella di contemplare una sorta di "requisiti minimi garantiti", suscettibili di essere modificati solo nel senso di incrementare le caratteristiche di conformità rispetto a quelle contenute nell'elenco normativo.

Note:

(39) È stato scritto da Leo, *op. cit.*, 30, che il reiterato riferimento ai "beni dello stesso tipo" «fa pensare che il legislatore avesse in mente una cosa fungibile e comunque appartenente ad un genere (il tipo)». Con la conseguenza che le circostanze che danno rilievo all'appartenenza al tipo di bene risulteranno "non pertinenti" allorché la cosa oggetto del contratto «non sia una cosa appartenente o riconducibile ad un tipo». Pare peraltro che anche beni infungibili possano rientrare in generi più ampi rispetto ai quali si può porre il problema della idoneità agli usi abituali.

(40) Questo è il titolo del par. 3 del terzo capitolo del volume di G. De Cristofaro, 74. Le argomentazioni riferite nel testo sono contenute nelle pagine successive.

L'inderogabilità dell'art. 1519-ter, primo comma, c.c.

A mio avviso il contenuto inderogabile della nuova normativa stà non nella previsione del secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c., ma in quella del primo comma, che impone al venditore di consegnare un bene "conforme al contratto".

Ciò che è possibile nella disciplina della vendita codicistica, che ammette espressamente, al secondo comma dell'art. 1490 c.c., l'esclusione della garanzia contemplata nel primo comma, non è invece consentito nella disciplina della vendita dei beni di consumo, proprio in ragione del fatto che il venditore è tenuto a consegnare al consumatore un bene "conforme al contratto"; e in relazione a questo obbligo il consumatore ha i diritti di cui all'art. 1519-*quater*, c.c., ai quali si riferisce l'imperativo di cui all'art. 1519-*octies*, c.c.

La necessità che il bene consegnato sia "conforme al contratto", potrà comportare una delle seguenti alternative: a) o il contratto contiene una descrizione dettagliata delle caratteristiche del bene (che eventualmente riprenda taluna delle previsioni di cui al secondo comma mentre ne elimini altre, ad esempio escluda nel bene una delle caratteristiche oggettive che emergono dall'elenco normativo) e allora i diritti del consumatore dovranno essere commisurati su questa descrizione; b) oppure il singolo contratto è estremamente laconico, o, addirittura, manchi di qualunque parametro di riferimento, e allora varranno in *toto*, nei limiti in cui sono pertinenti (perché è ovvio che se il consumatore non ha voluto un uso particolare o se mancano campioni o modelli, non potranno venire in considerazione le previsioni di cui alle lett. *d* e/o *b*), i criteri legali di "conformità".

Ma nell'uno e nell'altro caso, in relazione alla descrizione del bene quale contenuta nel singolo contratto o quale ricavabile dai criteri legali, una volta che sia fissato il parametro di riferimento, cioè il significato che di volta in volta deve essere attribuito alla "conformità al contratto", rispetto a questo parametro di riferimento si commisurano i diritti inderogabili del consumatore.

È ipotizzabile che la disciplina del singolo contratto possa incidere nel senso di vanificare i diritti del consumatore di cui all'art. 1519-*quater*, c.c.: ma ciò potrà avvenire solo a seguito di una dettagliata descrizione scritta, dalla quale emerga chiaramente l'abbassamento del livello e dello *standard* qualitativo del bene rispetto ai beni dello stesso tipo. In una evenienza del genere e allorché non vi sia corrispondenza tra queste carenze qualitative e il corrispettivo pattuito, potranno essere attivati tutti i controlli di carattere collettivo introdotti a tutela dei consumatori, in modo da rendere non concorrenziale il bene che, già dalla sua descrizione, si presenti non appetibile.

Il rilievo dato dal secondo comma dell'art. 1519-ter, c.c., alle dichiarazioni pubblicitarie provenienti sia dal venditore sia dal produttore, alla descrizione fatta dal venditore, alla rilevanza dell'uso particolare voluto dal consu-

matore e accettato anche per *facta concludentia* dal venditore, vale a restringere notevolmente la possibilità che il contenuto del singolo contratto possa essere al tempo stesso evasivo e contraddittorio rispetto a questi parametri di natura cosiddetta soggettiva. E, d'altro canto, le caratteristiche oggettive e le qualità dei beni dello stesso tipo costituiranno un criterio di confronto dal quale il singolo contratto potrà, di volta in volta, differenziarsi ma a condizione che le relative previsioni siano espresse o inequivoche.

Pare, pertanto, che la affermazione della inderogabilità della previsione di cui all'art. 1519-ter, primo comma, c.c., in relazione ai diritti sanciti dal primo comma dell'art. 1519-*quater*, c.c., valga a dare un ben diverso spessore a quella esigenza di "tutela minima" del consumatore che, a mio avviso, risulta ben difficile ancorare al disposto del secondo comma dello stesso art. 1519-ter, c.c.. Le osservazioni che precedono riconducono a uno degli interrogativi che è stato posto in precedenza: se il venditore, a fronte della prova fornita dal consumatore in ordine alla mancanza di uno dei requisiti elencati dall'art. 1519-ter, secondo comma, c.c., possa provare che quel requisito non è richiesto dal singolo contratto (41).

Alla luce di quanto sino ad ora argomentato pare si debba rispondere che questa prova è possibile, mediante la prova del contenuto del singolo contratto, con esclusivo riferimento ai requisiti dell'elenco normativo che ineriscono ai beni in sé considerati, alla loro idoneità all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo e alle qualità e prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo.

Ma la stessa prova non è consentita allorché il venditore voglia escludere la rilevanza della descrizione del bene che egli abbia effettuato o delle caratteristiche del campione o modello presentato al consumatore o, infine, dell'uso particolare voluto dal consumatore e da lui accettato: ciò non perché si tratterebbe di una *probatio diabolica* ma perché, a meno che egli intenda provare che sono sopravvenuti fatti idonei ad elidere il rilievo del suo precedente comportamento, in tali casi il venditore tenderebbe a sottrarsi alla garanzia della "conformità del bene al contratto" cui egli è tenuto a norma dell'art. 1519-ter, comma 1, c.c.

Nota:

(41) Trattasi dell'interrogativo proposto da De Nova e riportato testualmente in corrispondenza della n. 24.