

Laura Di Bernardi

**“Brevi note a margine della sentenza della Corte di Giustizia CE,
sez. I, 17 aprile 2008 C-404/06 *QuelleAG/Bundesverband der
Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände* in tema di
vendita di beni di consumo”**

Data di pubblicazione: 15 aprile 2009.

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Università degli Studi di Palermo

© Laura Di Bernardi 2009
Università di Palermo

ISSN 1724-7322

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Viale delle Scienze, ed. 13 - 90138 Palermo (Italia)

Tel: (+39) 0916626220 – Fax: (+39) 091596506

giureta@unipa.it

www.giureta.unipa.it

Brevi note a margine della sentenza della Corte di Giustizia CE, sez. I, 17 aprile 2008 C-404/06 *QuelleAG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*.

Laura di Bernardi*

LA SENTENZA

Corte Europea di Giustizia (Prima Sezione) 17 aprile 2008

«Tutela dei consumatori – Direttiva 1999/44/CE – Vendita e garanzie dei beni di consumo – Diritto del venditore di esigere dal consumatore, in caso di sostituzione di un bene non conforme, un'indennità per l'uso di tale bene – Gratuità dell'uso del bene non conforme»

Nel procedimento C-404/06,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Bundesgerichtshof (Germania), con decisione 16 agosto 2006, pervenuta in cancelleria il 28 settembre 2006, nella causa tra

Quelle AG e Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände,

LA CORTE (Prima Sezione),

composta dal sig. P. Jann (relatore), presidente di sezione, dai sigg. A. Tizzano, A. Borg Barthet, M. Ilešič ed E. Levits, giudici

avvocato generale: sig.ra V. Trstenjak

cancelliere: sig. B. Fülöp, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 4 ottobre 2007,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Quelle AG, dall'avv. A. Piekenbrock, Rechtsanwalt;
- per il Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, dagli avv.ti P. Wassermann e J. Kummer, Rechtsanwälte;
- per il governo tedesco, dal sig. M. Lumma e dalla sig.ra J. Kemper, in qualità di agenti;
- per il governo spagnolo, dalla sig.ra N. Díaz Abad, in qualità di agente;
- per il governo austriaco, dalla sig.ra C. Pesendorfer, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. A. Aresu e B. Schima, nonché dalla sig.ra I. Kaufmann-Bühler, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 15 novembre 2007,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 3 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 25 maggio 1999, 1999/44/CE, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (GUL 171, pag. 12; in prosieguo: la «direttiva»).

2. Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la Quelle AG (in prosieguo: la «Quelle»), una società di vendite per corrispondenza, ed il Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände (in prosieguo: il «Bundesverband»), un'associazione di consumatori riconosciuta che ha ricevuto un apposito mandato dalla sig.ra Brüning, cliente della detta società.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3. La direttiva è stata adottata sulla base dell'art. 95 CE. Il suo primo "considerando" ricorda che, a norma dell'art. 153, nn. 1 e 3, CE, la Comunità europea deve garantire un elevato livello di tutela dei consumatori mediante misure che essa adotta in applicazione dell'art. 95 CE.

4. L'art. 3 della direttiva, intitolato «Diritti del consumatore», prevede quanto segue:

«1. Il venditore risponde al consumatore di qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene.

2. In caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, a norma del paragrafo 3, o ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto relativo a tale bene, conformemente ai paragrafi 5 e 6.

3. In primo luogo il consumatore può chiedere al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, senza spese in entrambi i casi, salvo che ciò sia impossibile o sproporzionato.

Un rimedio è da considerare sproporzionato se impone al venditore spese irragionevoli in confronto all'altro rimedio [...].

Le riparazioni o le sostituzioni devono essere effettuate entro un lasso di tempo ragionevole e senza notevoli inconvenienti per il consumatore, tenendo conto della natura del bene e dello scopo per il quale il consumatore ha voluto il bene.

4. L'espressione "senza spese" nei paragrafi 2 e 3 si riferisce ai costi necessari per rendere conformi i beni, in particolar modo con riferimento alle spese di spedizione e per la mano d'opera e i materiali.

5. Il consumatore può chiedere una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto:

- se il consumatore non ha diritto né alla [riparazione] né alla sostituzione o

- se il venditore non ha esperito il rimedio entro un periodo ragionevole ovvero

- se il venditore non ha esperito il rimedio senza notevoli inconvenienti per il consumatore».

5. Ai sensi del quindicesimo “considerando” della direttiva, «gli Stati membri possono prevedere che il rimborso al consumatore può essere ridotto, in considerazione dell’uso che quest’ultimo ha fatto del bene dal momento della consegna; [...] [le modalità di] risoluzione del contratto [possono] essere stabilit[e] dalla legislazione nazionale».

6. L’art. 5, n. 1, prima frase, della direttiva, intitolato «Termini», così dispone:

«Il venditore è responsabile, a norma dell’articolo 3, quando il difetto di conformità si manifesta entro il termine di due anni dalla consegna del bene».

7. L’art. 8, n. 2, della direttiva, intitolato «Diritto nazionale e protezione minima», stabilisce quanto segue:

«Gli Stati membri possono adottare o mantenere in vigore, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più rigorose, compatibili con il trattato, per garantire un livello più elevato di tutela del consumatore».

La normativa nazionale

8. Tra le disposizioni del codice civile tedesco (Bürgerliches Gesetzbuch; in prosieguo: il «BGB») adottate per la trasposizione della direttiva nell’ordinamento giuridico tedesco figurano in particolare gli artt. 439 e 346.

9. L’art. 439, n. 4, del BGB, intitolato «Adempimento successivo», dispone quanto segue:

« [...] Qualora il venditore consegni un bene esente da vizi a titolo di adempimento successivo, può esigere dall’acquirente la restituzione del bene viziato, nei termini e modi stabiliti dagli artt. 346-348».

10. L’art. 346, nn. 1-3, del BGB, intitolato «Effetti del recesso», recita:

«1. Qualora una delle parti si sia riservata contrattualmente un diritto di recesso, o tale diritto le spetti in forza di una norma di legge, l’esercizio del recesso implica la riconsegna delle prestazioni ricevute e la restituzione degli utili ottenuti.

2. Al posto della riconsegna o della restituzione, il debitore è tenuto a corrispondere un rimborso di valore equivalente:

- 1) qualora la riconsegna o la restituzione sia esclusa in base alla natura di quanto ottenuto,
- 2) qualora egli abbia consumato, alienato, gravato, lavorato o trasformato l'oggetto ricevuto,
- 3) in caso di deterioramento o perimento del bene; resta però escluso il deterioramento derivante dall'uso normale del bene.

Nel caso in cui il contratto preveda una controprestazione, essa dev'essere posta alla base del calcolo del rimborso del valore; se deve essere corrisposto il rimborso del valore per i vantaggi derivanti dall'utilizzazione di un mutuo, è ammessa la prova diretta a dimostrare che il valore di tali vantaggi era inferiore.

3. L'obbligo di rimborso del valore si estingue:

- 1) se il vizio legittimante il recesso si è manifestato solo durante la lavorazione o la trasformazione dell'oggetto,
- 2) se ed in quanto il deterioramento o il perimento sia imputabile al creditore, o se il danno sarebbe ugualmente sorto presso quest'ultimo,
- 3) qualora, in caso di diritto legale di recesso, il deterioramento o il perimento si sia verificato presso l'avente diritto sebbene questi abbia agito con la diligenza che è solito prestare nei propri affari.

L'arricchimento residuo dev'essere reso».

11. L'art. 100 del BGB, intitolato «Utili», dispone quanto segue: «Gli utili sono i frutti di una cosa o di un diritto nonché i vantaggi derivanti dall'uso della cosa o dal godimento del diritto».

Causa principale e questione pregiudiziale

12. Nel corso del mese di agosto dell'anno 2002, la Quelle ha fornito alla sig.ra Brüning, per suo uso privato, un «set forno/piano cottura». All'inizio dell'anno 2004, l'acquirente ha constatato che l'apparecchio presentava un difetto di conformità. Essendo impossibile una riparazione, la sig.ra Brüning ha restituito l'apparecchio alla Quelle, che ha provveduto alla sua sostituzione con uno nuovo. La detta società ha tuttavia preteso che la sig.ra Brüning le versasse una somma di EUR 69,97 a titolo di indennità per i vantaggi da essa ritratti dall'utilizzo dell'apparecchio inizialmente fornito.

13 Il Bundesverband, agendo in veste di mandatario della sig.ra Brüning, ha chiesto che a quest'ultima venga rimborsata la somma

suddetta. L'associazione ricorrente ha inoltre chiesto che, in caso di sostituzione di un bene non conforme al contratto di vendita (in prosieguo: il «bene non conforme»), la Quella venga condannata ad astenersi dal fatturare importi per l'utilizzazione di tale bene.

14. Il giudice di primo grado ha accolto la domanda di rimborso ed ha respinto le conclusioni intese ad ottenere un'ingiunzione nei confronti della Quella ad astenersi dal fatturare importi per l'uso di un bene non conforme. Gli appelli interposti contro tale pronuncia tanto dalla Quella quanto dal Bundesverband sono stati respinti. Adito con ricorso per cassazione (Revision), il Bundesgerichtshof constata come dal combinato disposto degli artt. 439, n. 4, e 346, nn. 1 e 2, punto 1, del BGB risulti che il venditore ha diritto, in caso di sostituzione di un bene non conforme, ad un'indennità a titolo di compensazione dei vantaggi che l'acquirente ha ritratto dall'uso di tale bene fino alla sua sostituzione con un nuovo bene.

15. Pur esprimendo riserve in merito all'onere unilaterale così imposto all'acquirente, il Bundesgerichtshof fa presente che non vede alcuna possibilità di correggere la normativa nazionale per via interpretativa. Infatti, un'interpretazione secondo cui il venditore non potrebbe chiedere un'indennità all'acquirente per l'utilizzazione del bene sostituito entrerebbe in contrasto con il tenore letterale delle pertinenti disposizioni del BGB nonché con la volontà chiaramente dichiarata dal legislatore, e sarebbe vietata dall'art. 20, n. 3, della Costituzione (Grundgesetz), in forza del quale il potere giudiziario è assoggettato alla legge e al diritto.

16. Tuttavia, dubitando della conformità delle disposizioni del BGB alla normativa comunitaria, il Bundesgerichtshof ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'art. 3, n. 2 e, in combinato disposto, nn. 3, primo comma, e 4, della direttiva [...], ovvero l'art. 3, n. 3, terzo comma, della detta direttiva debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale ai sensi della quale il venditore, in caso di ripristino della conformità di un bene di consumo mediante sostituzione del medesimo, può esigere dal consumatore un'indennità per l'utilizzo del bene non conforme inizialmente consegnato».

Sulla questione pregiudiziale

17. Con tale questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 3 della direttiva debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale consenta al venditore, nel caso in cui abbia venduto un bene di consumo presentante un difetto di conformità, di esigere dal consumatore un'indennità per l'uso di tale bene non conforme fino alla sua sostituzione con un bene nuovo.

Sulla ricevibilità

18. All'udienza la Quella ha sostenuto che la questione pregiudiziale non è ricevibile, in quanto il giudice del rinvio ha fatto presente che le disposizioni nazionali di trasposizione della direttiva lasciano adito ad un'unica interpretazione e che il diritto costituzionale tedesco vieta ad esso giudice un'interpretazione *contra legem*. Pertanto, nel caso in cui la Corte interpretasse l'art. 3 della direttiva in senso diverso, il detto giudice nazionale non potrebbe tener conto della risposta fornita dalla giurisdizione comunitaria.

19. A tale proposito, occorre ricordare che, nell'ambito di un procedimento *ex art. 234 CE*, basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a pronunciarsi (v., in particolare, sentenze 22 giugno 2006, causa C-419/04, Conseil général de la Vienne, Racc. pag. I-5645, punto 19, e 18 luglio 2007, causa C-119/05, Lucchini, Racc. pag. I-6199, punto 43).

20. Il rifiuto di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto comunitario non ha alcuna relazione con i reali termini o l'oggetto

della causa principale, qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte (v., in particolare, sentenze Conseil général de la Vienne, cit., punto 20, e Lucchini, cit., punto 44).

21. Tali ipotesi non risultano sussistenti nel caso di specie.

22. Il fatto che, a seguito della risposta fornita dalla Corte ad un quesito pregiudiziale riguardante l'interpretazione di una direttiva, sussista incertezza in merito alla possibilità per il giudice nazionale di interpretare, nel rispetto dei principi elaborati dalla Corte (v., in tal senso, sentenze 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e a., Racc. pag. I-8835, punti 113-116, nonché 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler e a., Racc. pag. I-6057, punti 110-112), le norme nazionali alla luce di tale risposta, non può influire sull'obbligo incombente alla Corte di statuire sulla questione sottoposta. Qualsiasi altra soluzione sarebbe infatti incompatibile con la finalità stessa delle competenze riconosciute alla Corte dall'art. 234 CE, le quali mirano essenzialmente a garantire un'applicazione uniforme del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali (sentenze 6 dicembre 2005, causa C-461/03, Gaston Schul Douane-expediteur, Racc. pag. I-10513, punto 21, e 10 gennaio 2006, causa C-344/04, IATA e ELFAA, Racc. pag. I-403, punto 27).

23. Ne consegue che la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

Nel merito

24. Ad avviso del Bundesverband, dei governi spagnolo e austriaco, nonché della Commissione delle Comunità europee, l'art. 3, n. 3, della direttiva stabilisce chiaramente che il venditore è tenuto ad effettuare senza spese per il consumatore non soltanto la riparazione del bene non conforme, ma anche, se del caso, la sostituzione del medesimo con un bene conforme. L'obbligo di gratuità sarebbe un elemento imprescindibile, che mirerebbe a tutelare l'acquirente dal rischio di oneri finanziari che potrebbero dissuaderlo dal far valere i propri diritti.

25. Il governo tedesco fa osservare come il testo della direttiva non disciplini la questione se il venditore possa, in caso di sostituzione

di un bene non conforme, esigere un'indennità per l'utilizzazione di quest'ultimo. Esso sottolinea che, da un punto di vista sistematico, il quindicesimo 'considerando' della direttiva esprime un principio di diritto a carattere assolutamente generale, il quale conferisce agli Stati membri piena libertà di stabilire in quali situazioni il consumatore è tenuto a versare un'indennità per l'uso di un bene.

26. In via preliminare occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva, il venditore risponde, nei confronti del consumatore, di qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene.

27. L'art. 3, n. 2, della direttiva elenca i diritti che il consumatore può far valere nei confronti del venditore in caso di difetto di conformità del bene consegnato. In primo luogo, il consumatore ha il diritto di esigere il ripristino della conformità del bene. Ove non sia possibile ottenere tale ripristino della conformità del bene, il consumatore può esigere, in seconda battuta, una riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto.

28. Quanto al ripristino della conformità del bene, l'art. 3, n. 3, della direttiva precisa che il consumatore ha il diritto di esigere dal venditore la riparazione del bene o la sua sostituzione, in entrambi i casi senza spese, a meno che la sua richiesta non sia impossibile da soddisfare o sproporzionata.

29. Il governo tedesco fa valere che tanto nella proposta di direttiva 96/C 307/09 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo (GU 1996, C 307, pag. 8), quanto nella proposta modificata di direttiva 98/C 148/11 del Parlamento europeo e del Consiglio (GU 1998, C 148, pag. 12), presentate dalla Commissione, il testo normativo prevedeva unicamente la «riparazione del bene senza spese» o, in alternativa, la «sostituzione» del bene stesso. Tale silenzio in ordine alle conseguenze finanziarie di una sostituzione comporterebbe che non era previsto che la direttiva disciplinasse la questione di un'eventuale indennità per l'uso del bene.

30. Tuttavia, tale circostanza è totalmente irrilevante, dal momento che è appunto l'espressione «senza spese in entrambi i casi», apparsa nella posizione comune (CE) n. 51/98, definita dal

Consiglio il 24 settembre 1998 in vista dell'adozione della direttiva (GU C 333, pag. 46), quella che è stata accolta nel testo definitivo, traducendo così la volontà del legislatore comunitario di rafforzare la tutela del consumatore.

31. Quanto all'espressione «senza spese», essa viene definita all'art. 3, n. 4, della direttiva come riferentesi «ai costi necessari per rendere conformi i beni, in particolar modo con riferimento alle spese di spedizione e per la mano d'opera e i materiali». Dal fatto che il legislatore comunitario utilizza la locuzione avverbiale «in particolar modo» risulta che tale elenco presenta carattere esemplificativo e non tassativo.

32. La circostanza, fatta valere dal governo tedesco, che il comunicato stampa del comitato di conciliazione «Parlamento – Consiglio» C/99/77 del 18 marzo 1999, relativo all'accordo sulle garanzie ai consumatori, fornisca una definizione limitativa dell'espressione «senza spese» è, al riguardo, irrilevante. Infatti, secondo una costante giurisprudenza, quando una dichiarazione inserita in un verbale del Consiglio non trova alcun riscontro nel testo di una disposizione di diritto derivato, essa non può essere presa in considerazione per interpretare tale disposizione (v., in particolare, sentenze 26 febbraio 1991, causa C-292/89, Antonissen, Racc. pag. I-745, punto 18, e 10 gennaio 2006, causa C-402/03, Skov e Bilka, Racc. pag. I-199, punto 42).

33. Risulta pertanto sia dal tenore letterale sia dai pertinenti lavori preparatori della direttiva che il legislatore comunitario ha inteso fare della gratuità del ripristino della conformità del bene da parte del venditore un elemento essenziale della tutela garantita al consumatore da tale direttiva.

34. Tale obbligo incombente al venditore di gratuità del ripristino della conformità del bene, indipendentemente dal fatto che esso venga attuato mediante riparazione o sostituzione del bene non conforme, mira a tutelare il consumatore dal rischio di oneri finanziari che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 49 delle sue conclusioni, potrebbe dissuadere il consumatore stesso dal far valere i propri diritti in caso di assenza di una tutela di questo tipo. Tale garanzia di gratuità voluta dal legislatore comunitario porta ad escludere la possibilità di qualsiasi

rivendicazione economica da parte del venditore nell'ambito dell'esecuzione dell'obbligo a lui incombente di ripristino della conformità del bene oggetto del contratto.

35. Tale interpretazione risulta corroborata dall'intenzione, manifestata dal legislatore comunitario all'art. 3, n. 3, terzo comma, della direttiva, di garantire al consumatore una tutela effettiva. Tale disposizione precisa infatti che le riparazioni e le sostituzioni devono essere effettuate non soltanto entro un lasso di tempo ragionevole, ma altresì senza notevoli inconvenienti per il consumatore.

36. La detta interpretazione risulta inoltre conforme alla finalità della direttiva, che, come indicato dal suo primo 'considerando', è di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori. Come risulta dall'art. 8, n. 2, della direttiva, la protezione offerta da quest'ultima costituisce una garanzia minima e gli Stati membri, pur potendo adottare disposizioni più rigorose, non possono pregiudicare le garanzie previste dal legislatore comunitario.

37. Gli altri argomenti addotti dal governo tedesco contro un'interpretazione siffatta non valgono ad inficiare la correttezza della stessa.

38. Quanto, da un lato, alla portata che occorre riconoscere al quindicesimo 'considerando' della direttiva, il quale accorda la possibilità di prendere in considerazione l'uso che il consumatore ha fatto del bene non conforme, è importante rilevare come la prima parte di tale "considerando" faccia riferimento ad un «rimborso» da versare al consumatore, mentre la seconda parte menziona le «[modalità di] risoluzione del contratto». Tali termini sono identici a quelli utilizzati nella posizione comune del Consiglio cui ha fatto riferimento anche il governo tedesco.

39. Questa terminologia mostra chiaramente come l'ipotesi considerata dal quindicesimo "considerando" sia limitata al caso della risoluzione del contratto, previsto dall'art. 3, n. 5, della direttiva, caso nel quale, in applicazione del principio della mutua restituzione dei vantaggi ricevuti, il venditore deve rimborsare al consumatore il prezzo di vendita del bene. Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dal governo tedesco, il quindicesimo 'considerando' non può essere interpretato come un

principio generale che autorizzi gli Stati membri a prendere in considerazione, in tutte le situazioni in cui essi lo desiderino – ivi compresa quella di una semplice domanda di sostituzione presentata ai sensi dell'art. 3, n. 3, della direttiva –, l'uso che il consumatore ha fatto di un bene non conforme.

40. Quanto, dall'altro lato, all'affermazione del governo tedesco, secondo cui la possibilità per il consumatore di beneficiare, mediante la sostituzione di un bene non conforme, di un nuovo bene senza essere tenuto a versare una compensazione economica costituirebbe un arricchimento senza causa, occorre ricordare che l'art. 3, n. 1, della direttiva pone a carico del venditore la responsabilità, nei confronti del consumatore, di qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene.

41. Il venditore, ove fornisca un bene non conforme, non esegue correttamente l'obbligazione che si era assunto con il contratto di vendita e deve dunque sopportare le conseguenze di tale inesatta esecuzione del contratto medesimo. Ricevendo un nuovo bene in sostituzione del bene non conforme, il consumatore, che ha invece versato il prezzo di vendita e dunque correttamente eseguito la propria obbligazione contrattuale, non beneficia di un arricchimento senza causa. Egli non fa altro che ricevere, in ritardo, un bene conforme alle clausole del contratto, quale avrebbe dovuto ricevere sin dall'inizio.

42. Del resto, gli interessi economici del venditore sono tutelati, da un lato, dal termine di prescrizione di due anni previsto dall'art. 5, n. 1, della direttiva e, dall'altro, dalla possibilità che gli è concessa dall'art. 3, n. 3, secondo comma, di quest'ultima di rifiutare la sostituzione del bene nel caso in cui tale rimedio si riveli sproporzionato in quanto gli impone spese irragionevoli.

43. Tenuto conto dell'insieme delle considerazioni sopra esposte, occorre risolvere la questione sollevata dichiarando che l'art. 3 della direttiva deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale consenta al venditore, nel caso in cui abbia venduto un bene di consumo presentante un difetto di conformità, di esigere dal consumatore un'indennità per l'uso di tale bene non conforme fino alla sua sostituzione con un bene nuovo.

Sulle spese

44. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

L'art. 3 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 25 maggio 1999, 1999/44/CE, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale consenta al venditore, nel caso in cui abbia venduto un bene di consumo presentante un difetto di conformità, di esigere dal consumatore un'indennità per l'uso di tale bene non conforme fino alla sua sostituzione con un bene nuovo.

LA NOTA

SOMMARIO: 1. Il fatto – 1.1 La premessa – 2. Il recepimento in Italia della direttiva 1999/44/CE e il successivo dibattito dottrinario – 2.1 Il sovvertimento del dato letterale della disciplina: la teoria della garanzia – 2.2 *Segue*: la critica della tesi della responsabilità del venditore di beni di consumo – 2.3 *Segue*: l'argomento della mancata previsione del risarcimento del danno – 2.4 Il carattere di specialità della vendita di beni di consumo – 3. La teoria dell'obbligazione – 3.1 La natura obbligatoria del vincolo del venditore e il superamento del "mostriattolo di Pothier" – 4. Le teorie intermedie – 5. L'esperienza tedesca e la conferma della fondatezza della teoria dell'obbligazione.

1. La società Quelle nell'agosto del 2002, in esecuzione di una vendita per corrispondenza, inviava all'acquirente una cucina per uso privato. A due anni dalla stipula del contratto quest'ultimo, rilevata un'anomalia del bene, ne chiedeva la riparazione e, subito dopo, la sostituzione per impossibilità di dare corso alla prima. A seguito di ciò la cucina veniva restituita alla società che,

nell'inviarne una nuova, chiedeva il pagamento di una somma di denaro a titolo di rimborso per l'uso del bene. Il Giudice tedesco sollevava una questione pregiudiziale concernente il giudizio di conformità di alcune regole contenute nel codice civile tedesco, in materia di garanzie nella vendita dei beni di consumo, alla direttiva 99/44/CE. La normativa tedesca consente, infatti, in caso di sostituzione di un bene affetto da vizi, che il venditore possa pretendere dal compratore un indennizzo per l'uso che *medio tempore* quest'ultimo ne abbia fatto. La Corte di giustizia reputa tale disposizione normativa apertamente in contrasto con l'art. 3 della direttiva, rubricato diritti del consumatore, che attribuisce a quest'ultimo il diritto al ripristino della conformità del bene tramite riparazione o sostituzione senza spese. Nel rilevare tale contrasto la Corte fornisce, in maniera concisa, i motivi a sostegno della soluzione accolta, mettendo, anzitutto, in risalto il carattere essenziale della gratuità del ripristino della conformità rispetto all'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori. La pronuncia si sofferma, altresì, sul fatto che, al momento della stipula del contratto, il venditore assume un'obbligazione avente ad oggetto la consegna al compratore di beni conformi alle clausole contrattuali e che, pertanto, la consegna di un bene affetto da anomalie che interferiscano sul suo buon funzionamento costituisce inesatta esecuzione del contratto e determina l'insorgere della responsabilità prevista dal quindicesimo considerando.

1.1 Com'è noto la direttiva 1999/44/CE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo" si inquadra nell'ambito delle misure dirette ad assicurare un elevato livello di protezione per i consumatori.

Fino a questo momento la Corte di Giustizia si era occupata di quest'ultima limitatamente a cause relative all'inadempimento dello Stato all'obbligo di recepimento¹, astenendosi dal dettare chiarimenti sulla corretta attuazione della normativa comunitaria, il che ha contribuito alla diffusione di forti perplessità interpretative circa le tecniche da adottare per la trasposizione della disciplina oggetto della direttiva all'interno dei vari Stati membri. Questi ultimi, tra cui la stessa Germania, alla luce delle sollecitazioni della dottrina interna, si sono orientati nel senso di

¹* Dottoranda di ricerca
V. Ceg. 19-2-2004, C 310/03, Commissione/Lussemburgo, in *Raccolta*, I-1969.

adeguare la disciplina già esistente nel proprio ordinamento a quella dettata dalla direttiva, cogliendo l'occasione per effettuare, se del caso, anche una rivisitazione degli istituti e delle regole tradizionali. Tuttavia, la trasposizione mediante innesto nell'impianto normativo preesistente si è il più delle volte tradotta nell'inesatto recepimento del contenuto della direttiva e, cosa ancora più grave, nella violazione degli obiettivi di tutela del consumatore e di armonizzazione, tramite riavvicinamento, delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative vigenti nei diversi Stati membri.

A distanza di quasi dieci anni dall'emanazione della direttiva in discorso, la Corte di Giustizia² interviene pronunciandosi sulla sua non corretta attuazione all'interno dell'ordinamento tedesco, censurando *expressis verbis* talune soluzioni normative adottate dal medesimo e cercando di fornire una linea guida che funga principalmente da monito per gli Stati membri e da limite nella scelta del *modus agendi* per l'attuazione della direttiva, quasi lasciando trasparire l'idea di una sorta di inadeguatezza della scelta operata a monte di affidare allo strumento della direttiva il delicato compito dell'armonizzazione dei diritti nazionali. La Corte di Giustizia, nel percorso logico-giuridico posto a sostegno della propria soluzione, offre uno spunto essenziale di riflessione, senza alcun precedente, sul cosiddetto obbligo di conformità cui è tenuto il venditore nei rapporti di scambio con causa di consumo, che ha, da sempre, rappresentato uno degli aspetti della normativa in questione di più difficile interpretazione, anche e soprattutto agli occhi della dottrina italiana. Il nostro ordinamento, a differenza degli altri Stati, si è limitato, infatti, ad una pedissequa e quasi automatica trasposizione del contenuto della direttiva, astenendosi non solo dal legittimo obiettivo della modificazione della disciplina codicistica, ma anche dal possibile raccordo tra il nuovo testo e la normativa di parte generale, lasciando in tal modo via libera ad un inaccettabile particolarismo asistemico.

All'interno di tale disorganico e composito quadro normativo, la dottrina italiana, in punto di tutela dell'acquirente-consumatore, è pervenuta a soluzioni difformi e contrastanti, muovendosi all'interno della tradizionale distinzione romanistica tra garanzia per vizi e responsabilità del venditore da inadempimento di obbligazioni contrattuali. Alla luce della disorganicità di contesto normativo italiano, pertanto, la sentenza in oggetto si segnala poiché, tra le righe sembra offrire un

² V. Ceg 17-4-2008, C-404/06, Quelle, in *I Contratti* 2008, 633 s.

contributo essenziale ad una possibile risposta ad uno degli interrogativi che più ha impegnato gli studiosi nell'interpretazione della disciplina della vendita di beni di consumo, prestandosi, altresì, come un valido *incipit* per la formulazione di eventuali proposte modificative del sistema codicistico al fine di assicurare un più efficiente grado di armonizzazione.

2. Il dibattito sulla natura dell'obbligazione di conformità imposta dalla direttiva 1999/44/CE a carico del venditore, sebbene siano trascorsi non pochi anni dalla sua attuazione all'interno dell'ordinamento degli Stati membri, continua a presentarsi assai aperto a soluzioni molto diverse. È legittimo ritenere che ciò dipenda anche dall'assenza, fino alla sentenza che qui si annota, di un chiaro orientamento al riguardo della Corte europea di Giustizia, cui va aggiunta la scarsa attenzione prestata dalla prassi interna. La quale non ha certo contribuito a fornire un valido e rassicurante criterio orientativo.

Nel disordine giuridico e sistematico in materia, che ha causato, nel nostro ordinamento, una sorta di *impasse* nel diritto privato europeo della vendita, si assiste ad una comunanza di opinioni tra gli studiosi³ sul versante della ricostruzione degli obiettivi della direttiva, ma non c'è altrettanta convergenza sui criteri di ortopedia giuridica tramite cui si è voluto dare attuazione ai medesimi.

Ed invero il provvedimento comunitario, intervenendo non già sulla intera disciplina della vendita, ma soltanto su taluni aspetti della stessa tra cui in, *primis*, quello della garanzia per vizi, difetti, difformità e diversità del bene venduto, ha inteso operare un processo non solo di armonizzazione ma anche di semplificazione delle discipline nazionali dei vari paesi dell'UE. La conferma di ciò è rintracciabile nel fatto che il disegno unificatore del legislatore comunitario, oltre a riguardare il limitato ambito della vendita, ha anche toccato quello dei diversi tipi contrattuali accomunati da una tendenziale uniformità nell'oggetto e nel fine. Al centro dell'attenzione comunitaria si è posta anche la finalità di rendere uniformi le regole delle vendite interne a quelle internazionali, stante l'evidente contrapposizione tra le medesime, nonché, il tentativo di eliminare la tradizionale distinzione propria di ordinamenti come quello italiano tra vizi preesistenti alla

³ Cfr. M. Bin-A. Luminoso, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003, 10 s.

conclusione del contratto e difetti insorti successivamente a questo momento.

Il legislatore italiano, nel recepire la direttiva comunitaria, ha inserito, almeno sotto il profilo topografico, il *corpus* di norme dedicate alla vendita con causa di consumo all'interno della disciplina generale della vendita. Con ogni probabilità tale scelta sistematica, come tende a sottolineare anche larga parte della dottrina,⁴ presuppone l'intenzione di creare un sottotipo di vendita che, caratterizzandosi per la specificazione o qualificazione di uno dei suoi tratti distintivi, si discosta dal paradigma generale della vendita per la sua specialità. Tutto ciò – pur con riserva di tornare sull'argomento nel prosieguo – sembrerebbe confermato dal fatto che la disciplina prevista a tutela del consumatore, ivi compresa quella in materia di vendita, è stata trasfusa all'interno del codice del consumo, quasi a voler sottolineare, a scanso di equivoci, il suo carattere speciale e, conseguentemente, escludere che l'intento del legislatore sia stato quello di creare due sistemi autonomi e paralleli.

Le caratteristiche e la difformità delle nuove regole rispetto a quelle di diritto generale mettono subito in evidenza la lontananza di due sistemi contrapposti e difficilmente conciliabili in mancanza di una normativa interna di coordinamento. Più in particolare, le norme comunitarie appaiono contrassegnate da una forte vocazione rimediabile in una logica di garanzia e di tutela del consumatore-acquirente, in antitesi rispetto alle azioni edilizie che, nell'ambito della vendita in generale, sembrano animate dall'intento di contenere, selezionandoli, gli strumenti a disposizione del compratore.

Fin dall'introduzione della novella, le perplessità maggiori sono sorte intorno agli artt. 1519 *quater* e 1519 *ter*, ora art. 130 e 129 del codice del consumo. Quest'ultimo, infatti, impone al venditore l'obbligo di consegnare beni conformi al contratto e, contenendo l'indicazione dei parametri della conformità al contratto, consente di determinare *a contrario* le ipotesi di difetto

⁴ R. Alessi, *La vendita dei beni di consumo*, Milano, 2005, 11 s.; G. Pisciotta, *Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2003, 48 s. in cui si legge: «Ci si deve chiedere dunque se i caratteri di specialità della nuova disciplina siano tali da far pensare all'introduzione nel codice di un sottosistema di regole proprie dei c.d. contratti di scambio con causa di consumo ovvero se la causa di consumo non determini invece più semplicemente l'individuazione di una serie di sottotipi riferibili – guardando all'ampio ambito di applicazione della novella – alla vendita, alla permuta ma anche all'appalto, al contratto d'opera, alle forniture. [...] L'opinione prevalente formatasi all'indomani della riforma propende per la seconda».

di conformità. L'art. 130 cod. cons., si occupa, invece, delle possibili conseguenze derivanti da una mancata attuazione dell'obbligo di cui sopra, esprimendosi a chiare lettere in termini di responsabilità. Responsabilità che espone il venditore all'esperienza da parte del compratore di quattro distinti rimedi correlati da una precisa connessione gerarchica, tra cui, *in primis*, quelli della riparazione e della sostituzione, che rappresentano un elemento di indiscussa novità per l'ordinamento italiano.

Le norme appena richiamate hanno posto invero delicati problemi non tanto di tipo esegetico quanto di tipo costruttivo dovendosi, per un verso, chiarire il fondamento, la natura e i caratteri della responsabilità del venditore e, per altro verso, cogliere le differenze sul piano sia normativo sia teorico rispetto al sistema codicistico della garanzia per vizi e per difetti.

Giusto per restringere i termini del discorso, la questione centrale posta in dottrina è quella di stabilire se la disciplina comunitaria, nei termini sopra descritti, rappresenti una fuoriuscita dall'ambito delle garanzie codicistiche per sconfinare in una responsabilità da inadempimento contrattuale o se, di contro, possa rinvenirsi una linea di continuità tra i due sistemi con un consequenziale ed inevitabile effetto di allargamento dell'ambito della garanzia piuttosto che di restringimento.

È evidente, dunque, che il tutto riconduce al problema del fondamento e della natura della garanzia nell'ambito della vendita in genere. In particolare, l'art. 1497 c.c. circoscrive gli obblighi a carico del venditore a quello di consegna della cosa nello stato in cui si trovava al tempo della vendita e a quello di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della *res* compravenduta. Con riferimento all'obbligo della garanzia per vizi, il problema centrale è stato rappresentato dalla difficoltà di ricondurre al mero inadempimento di una obbligazione contrattuale una violazione collegata a cause preesistenti al contratto⁵. Dal punto di vista giuridico e prima ancora logico, infatti, l'essenza del concetto di obbligazione presuppone la imputabilità del vizio o della mancanza di qualità ad una condotta posta in essere dall'alienante. Imputabilità, di fatto, non riscontrabile nell'ipotesi della vendita in cui, collocandosi la causa del difetto in un momento anteriore al consenso traslativo, il venditore non può che essere tenuto a consegnare quella cosa così come essa è stata individuata al momento della conclusione del contratto, anche se viziata.

⁵ Per un'ampia trattazione della tematica si veda A. Luminoso, *La compravendita*⁵, Torino, 2007, 211s.

Tra le varie ricostruzioni del fenomeno, la dottrina prevalente⁶, con un percorso articolato che tende a ricondurre la questione ora nell'ambito dell'errore sui motivi ora nella responsabilità precontrattuale o nell'assunzione del rischio da assicurazione, ha finito per considerare le garanzie della vendita delle conseguenze naturali del contratto che derivano da una irregolarità dell'attribuzione traslativa e pertanto è giunta a ricostruirle come un rimedio speciale, a carattere oggettivo, sganciato dalla colpa del venditore, posto a salvaguardia del sinallagma contrattuale. Questa conclusione si giustifica anche alla luce del fatto che, nel sistema generale del codice civile, la responsabilità del venditore per i difetti e le difformità materiali del bene non corrisponde ad un unico modello; ma viene regolata in modo diverso a seconda sia del tipo di anomalia sia del momento di insorgenza del vizio. In particolare, se il vizio preesiste alla conclusione del contratto – come già precisato – la forma di tutela sarà quella della garanzia; mentre, nel caso di vizi sopravvenuti, l'operatività del principio consensualistico e la conseguente regola *res perit domino* porrà gli stessi a carico del compratore, salva l'eventualità della responsabilità colposa del venditore sul quale incombe un obbligo di custodia ricompreso in quello di consegna. Da ciò deriva, inoltre, la natura essenzialmente oggettiva dei rimedi posti a tutela del compratore e l'incompatibilità con la vendita in generale delle azioni di esatto adempimento che, esorbitando, per loro natura, dall'oggetto tipico di quest'ultima costituito da un mero *dare*, verrebbero ad imporre anche un obbligo di *facere* estraneo all'impegno assunto al tempo della contrattazione dal venditore.

Il contributo maggiormente significativo nella ricostruzione concettuale della garanzia sembra, tuttavia, provenire da quella

⁶ Cfr. Luminoso, *La compravendita*, cit., 212 s. L'Autore, in particolare, chiarisce: «deve ricordarsi, per cominciare, l'opinione di quegli autori che riconducono la garanzia, e in particolar modo la garanzia per vizi, ad un errore del compratore circa l'effettiva consistenza dell'oggetto. A questa tesi si è obiettato che i rimedi che la legge accorda non sono quelli dell'annullamento del contratto, e soprattutto che il fenomeno che sta a base degli istituti in esame nulla ha a che vedere con l'errore negoziale. [...] Altri studiosi vedono negli istituti in discorso un esempio di quel discusso e sfuggente modello, denominato garanzia in senso tecnico, che ha alla base l'assunzione, da parte di un soggetto, del rischio collegato ad un determinato evento o ad una data situazione [...] e che trova il proprio paradigma nella posizione soggettiva dell'assicuratore. Secondo un'altra opinione le fattispecie in questione sono da configurare come ipotesi di responsabilità precontrattuale, atteso che il venditore, prima di concludere il contratto, è tenuto a verificare la propria legittimazione a disporre e a rappresentare al compratore eventuali anomalie attinenti alla stessa».

parte della dottrina⁷ che, lungi dall'attribuire alla questione un carattere essenzialmente definitorio, non si preoccupa di ricondurre l'obbligo di garanzia all'interno di una delle categorie giuridiche previste e disciplinate dal nostro ordinamento; ma tende a spiegarne il fondamento e la natura tramite un percorso logico-giuridico che, per certi versi, fa chiarezza rispetto alle precedenti concezioni. Nello specifico, la dottrina in commento colloca la garanzia nella fase patologica del rapporto e pertanto la riconduce nel novero dei rimedi predisposti dall'ordinamento giuridico per reagire al perturbamento verificatosi nell'equilibrio sinallagmatico del contratto, a prescindere da qualsivoglia addebito a titolo di colpa a carico del venditore, senza con ciò accedere all'idea della responsabilità oggettiva.

La funzione fondamentale della vendita consiste nel far acquistare al compratore il diritto sul bene venduto, assicurando che la cosa che costituisce l'oggetto della prestazione sia non solo libera da vincoli di espropriabilità, ma anche esente da vizi che possano alterarne lo stato materiale, compromettendone la normale funzionalità. Se, quindi, tale risultato non viene conseguito, in tutto o in parte, poiché il compratore non diviene titolare del bene vendutogli oppure poiché la cosa è viziata, il venditore non potrà non rispondere di tale circostanza, anche nel caso in cui abbia profuso la diligenza media richiestagli e abbia fatto tutto ciò che era possibile pretendere al fine di assicurare al compratore la concreta attuazione del programma funzionale proprio del contratto di compravendita.

La reazione della legge alla rottura del sinallagma funzionale prodotta dall'evizione o dai vizi della cosa può dar luogo alla risoluzione del rapporto contrattuale, al pari di quanto avviene nel caso di inadempimento di qualsivoglia altra obbligazione inclusa nel sinallagma di qualsiasi altro contratto e ciò vale anche per la vendita. La risoluzione contrattuale si pone, pertanto, come reazione principale all'inattuazione di obbligazioni sinallagmatiche e trova il suo fondamento nel fatto obiettivo ed ineliminabile dell'inadempimento, inteso come mancata esecuzione del programma contrattuale, *rectius* del sinallagma funzionale, anche se, in concreto, manca un profilo di colpevolezza del debitore. La colpa assume, infatti, rilevanza solo al fine di assicurare anche la tutela risarcitoria.

⁷ D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1971, 629 s.

Il fatto che la garanzia nella vendita si ponga come un rimedio che prescindendo dalla colpa del venditore non significa, tuttavia – come sopra già chiarito – che la stessa venga ad integrare un'ipotesi di responsabilità oggettiva. Ed invero, mentre quest'ultima, nell'ordinamento italiano, viene intesa come un rimedio di carattere eccezionale, nella vendita la garanzia non assume tale configurazione. L'eccezionalità della responsabilità oggettiva risiede, infatti, nella circostanza che in presenza di un determinato fatto, sanzionato appunto a tale titolo, le reazioni giuridiche comminate non sarebbero state ammissibili sulla base dei principi generali senza l'espressa riconduzione di quella particolare ipotesi all'interno della responsabilità oggettiva. Per quanto attiene alla garanzia nella vendita, invece, i rimedi in cui la stessa si sostanzia, tra cui *in primis* quello della risoluzione contrattuale, avrebbero dovuto essere ammessi anche se per essi non fosse stata introdotta una apposita norma, in quanto così previsto secondo l'applicazione dei principi generali.

La dottrina⁸ che qualifica la garanzia come una sanzione dell'inadempimento si preoccupa, altresì, di chiarire a quale obbligazione essa si riferisca e, ancor prima, se l'inadempimento stesso riguardi una obbligazione. Anzitutto, la riconduzione della garanzia all'interno dei rimedi si pone in contrasto con la tesi prevalente che tende a considerare la stessa come una obbligazione primaria a sé stante che andrebbe ad aggiungersi a quella di fare acquistare il diritto e a quella di consegna della cosa oggetto del contratto. In tale caso, infatti, non si tende a garantire l'adempimento dell'obbligazione di un terzo soggetto, quanto l'attuazione di quella dello stesso garante e, pertanto, non avrebbe senso alcuno ricorrere alla costituzione di una nuova obbligazione, appunto di garanzia, a carico di quest'ultimo, in quanto in tal modo la posizione creditoria non verrebbe affatto rafforzata presentandosi il nuovo mezzo giuridico adoperato a tal fine come tecnicamente analogo al primo. Ciò posto, pertanto, si ritiene che l'obbligazione del cui inadempimento la garanzia, tanto per evizione quanto per vizi, costituisce una speciale sanzione sia quella di fare acquistare il diritto al compratore. Tale obbligo, difatti, avrebbe un contenuto complesso ricomprendente, oltre al semplice ed immediato acquisto del diritto, anche quello di far sì che la cosa alienata sia esente da vizi che la rendano inidonea all'uso cui la stessa è destinata.

⁸ Luminoso, *La compravendita*, cit., 629 s.

In un'accezione più matura del concetto di garanzia si giunge, poi, addirittura a svincolare la stessa dalla categoria delle obbligazioni ritenendo che essa venga in rilievo tutte le volte in cui non venga adempiuta, ovvero non venga esattamente compiuta, l'attribuzione patrimoniale prevista a carico del venditore consistente nel fare acquistare al compratore il diritto venduto con quei requisiti previsti al tempo della conclusione del contratto. Ciò anche quando l'attribuzione patrimoniale consista nell'effetto reale. Difatti, come si tende a precisare, il codice vigente pone il sinallagma, nei contratti corrispettivi, non necessariamente tra obbligazioni, ma anche tra attribuzioni patrimoniali, sebbene una di esse o entrambe si traducano nell'automatico trasferimento del diritto in conseguenza del puro e semplice consenso. Ne deriva che la risoluzione è prevista come sanzione oltre che dell'inadempimento di una delle obbligazioni del sinallagma, anche del mancato o inesatto compimento di una attribuzione patrimoniale ad effetto reale, in quanto facente parte di un rapporto sinallagmatico. Tale ultima costruzione sembra quella che è meglio in grado di cogliere l'essenza della garanzia, in quanto consente di ricollegare l'inadempimento da essa sanzionato al tempo della conclusione del contratto, considerato che l'inadempimento si riferisce non tanto ad una obbligazione contrattuale, che per sua stessa natura necessiterebbe di uno spazio temporale idoneo a garantirne l'adempimento e che, quindi, non potrebbe considerarsi inadempita già al momento della stipulazione, quanto ad una attribuzione patrimoniale che, invece, non incorrendo nella limitazione anzidetta può o almeno potrebbe verificarsi immediatamente al tempo della conclusione del contratto, potendosi, pertanto, ravvisare una sorta di contemporaneità tra il momento della stipulazione e quello dell'inadempimento ovvero dell'irregolare compimento dell'attribuzione patrimoniale stessa.

2.1 Quella parte della dottrina che è rimasta fedele alla tradizione codicistica prende le mosse dal riferimento alle garanzie, contenuto nella direttiva per designare il proprio ambito di applicazione, ed eleva ad elemento ordinante dell'intera materia della vendita di beni di consumo un dato che mostra invece un contenuto essenzialmente neutro, assegnando per converso poca importanza a riferimenti letterali (come la descrizione in termini di obbligazione del dovere del venditore di consegnare beni conformi ovvero il riferimento alla responsabilità del medesimo) che

sembrano, invece, avere un valore fortemente indicativo della *voluntas legislatoris*.

Tutti i fautori della teoria della garanzia sembrano, inoltre, basare il proprio percorso logico-giuridico sull'incompatibilità strutturale con la categoria dell'obbligazione di un vincolo che abbia ad oggetto l'essenza del bene ovvero un suo modo di essere⁹. Per il noto principio *impossibilium nulla obligatio*, figlio della tradizione romanistica, infatti, il vincolo obbligatorio esige che la prestazione dovuta consista in un comportamento del debitore programmaticamente e casualmente capace di procurare al compratore il risultato dovuto. Si sostiene che «Là dove, invece, il vincolo comporti non un dovere di condotta in grado di influire in modo determinante sul raggiungimento del risultato, ma l'impegno di un risultato il cui realizzarsi risulta svincolato dal contegno del soggetto, il vincolo stesso non potrà identificarsi concettualmente con una obbligazione, dando vita, pertanto, ad una situazione giuridica differente»¹⁰. In tal modo si vuole affermare che, sebbene la direttiva faccia *expressis verbis* riferimento ad una presunta obbligazione di consegna di beni conformi alle clausole contenute nel contratto, la difformità della *res* rispetto al suo parametro di corrispondenza fuoriesce pur sempre dalla sfera di controllo e di azione del venditore chiamando quest'ultimo a rispondere di vizi ed anomalie che lo stesso non ha, in alcun modo, contribuito a realizzare con l'attività posta in essere. Ciò posto, secondo tale linea di pensiero¹¹, la tesi della responsabilità, sebbene conduca a risultati in ogni caso poco soddisfacenti, potrebbe essere sostenuta soltanto a condizione di arricchire l'obbligo di conformità, di cui tratta la direttiva, di un *quid pluris* estraneo al contenuto formale e letterale della sua formulazione. Tale *quid pluris* consisterebbe nell'arricchire l'obbligazione gravante sull'alienante dell'obbligo di verificare ed eventualmente ripristinare la conformità del bene,

⁹ Così Alessi, *La vendita dei beni di consumo*, cit.,; S. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 1029 s.; F. Piraino, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, ivi, 2006, 569 s., in cui si legge: "le esigenze materiali che inducono a conferire ad un interesse da proteggere la veste giuridica della garanzia possono essere nella sostanza due: l'impossibilità di costringere un risultato utile nella forma dell'obbligazione per la sua inattitudine a costituire l'epilogo di una dinamica teleologica interamente dominata dal soggetto impegnatosi a far conseguire tale utilità".

¹⁰ Bin-Luminoso, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, cit., 24; nello stesso senso Alessi, *La vendita dei beni di consumo*, cit., 80 s.

¹¹ S. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, cit., 1102.

così da consentire di ricondurre le eventuali anomalie riscontrate ad un'inattività o inesatta attività antidoverosa del venditore. Tuttavia, tale corrente di pensiero segnala la scarsa credibilità dell'idea di un'obbligazione che per tutelare il consumatore finisce col gravare eccessivamente la posizione del professionista, dando pur sempre luogo ad un rapporto asimmetrico e squilibrato. A ciò si aggiunga che la responsabilità per inadempimento mal si concilia con la previsione di un termine biennale di rilevanza del difetto di conformità che, di fatto, imporrebbe all'alienante, per un lasso di tempo eccessivo, una verifica continua sullo stato di un bene che, uscito dalla sua sfera di appartenenza, sarebbe pur sempre fuori dal suo controllo. Tutto ciò, induce dunque la dottrina in esame a ritenere più adeguata e rigorosa la qualificazione come garanzia in forma specifica del vincolo del venditore di beni di consumo.

2.2 Un altro ostacolo al tentativo di fornire una lettura del dettato normativo conforme al modello della responsabilità è stato rinvenuto proprio nei principi e nelle regole poste dall'ordinamento e disciplina della stessa¹².

Più specificamente, il nucleo della critica in esame consiste nel fatto che, anche a volere ritenere superato il limite espresso dal principio *impossibilium nulla obligatio*, l'interprete si troverebbe comunque di fronte ad un ostacolo ancora più difficile da superare, che consiste nella circostanza che la presunta responsabilità per inadempimento dell'obbligazione di conformità si presenta come un tipo di responsabilità che di quest'ultima, a parte il *nomen iuris*, non presenta alcun contenuto. Ed invero, se proprio di responsabilità bisogna parlare, la strada più sicura da percorrere sembra alla dottrina in esame quella orientata a riconoscere nella vendita dei beni di consumo un modello di responsabilità a carattere oggettivo, avulso da qualsivoglia indagine sulla sussistenza di un'eventuale condotta colposa e a maggior ragione dolosa dell'alienante. Ora, sebbene nessuno dubiti che, allo stato, il regime di responsabilità non sia più soltanto quello legato necessariamente al parametro della colpa, la responsabilità oggettiva non può però essere considerata una forma di responsabilità per pura causalità, poiché neppure essa può prescindere da un criterio di imputazione. Viceversa si

¹² C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1981, 165 s.; Id, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 33 s., in part.73.

rischierebbe, infatti, di confondere la responsabilità con la diversa forma giuridica dell'assicurazione, che – com'è noto – costituisce lo strumento di assunzione di un rischio, che prescinde da un giudizio di imputazione. Difatti – come chiarito da la medesima autorevole dottrina – sebbene le due figure costituiscano due risposte ad una medesima realtà, ossia il prodursi di un danno, esse si differenziano, tuttavia, in modo profondo sul piano della struttura. Ed invero, «il concetto di responsabilità implica quello di sanzione per un fatto che l'ordinamento connota negativamente nei confronti di colui sul quale ne fa gravare il costo; quale che sia il criterio di imputazione, il fatto di cui si risponde doveva essere evitato da colui che ne viene reso responsabile; non così nell'assicurazione, nella quale l'assicuratore garantisce un risultato economico con riguardo a fatti che sul piano giuridico sono considerati in termini di puro riflesso della loro connotazione economica»¹³. Quel che desta perplessità è, perciò, non tanto la natura oggettiva di tale presunta responsabilità, quanto piuttosto la sua absolutezza, tale da mettere il venditore nella condizione di dovere rispondere di “qualsiasi” difetto di conformità del bene senza potere provare la sussistenza del caso fortuito quale causa di esonero dalla responsabilità. Una responsabilità che non conosce cause di esonero, come suggerisce il tenore letterale dell'art. 130 cod. cons., fuoriesce, infatti, dal suo ambito naturale per diventare garanzia¹⁴.

2.3 Le considerazioni appena svolte sarebbero rafforzate, inoltre, dall'analisi della tipologia dei rimedi concessi al consumatore in caso di violazione dell'obbligo di consegnare beni conformi da parte dell'alienante. In modo particolare, l'accento viene posto sull'assenza del risarcimento del danno tra le tecniche di tutela previste dalla normativa: risarcimento che rappresenta, invece, lo strumento normale, per non dire naturale, di reazione ad un inadempimento¹⁵. Del tutto marginale è apparso, infatti, il rinvio contenuto nella direttiva alle norme in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale previste dal codice civile e da ciò la conclusione che il rimedio risarcitorio si pone al

¹³ Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 64 s., come anche messo in evidenza da S. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, cit., 1073, nt. 114.

¹⁴ In questo senso si orienta Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, cit., 1074.

¹⁵ Bin, Luminoso, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, cit., 41 s.

di fuori della tutela apprestata al compratore a differenza di quanto previsto per la riparazione e la sostituzione, nonché per le azioni edilizie, il che dovrebbe offrire una conferma della irriducibilità del sistema rimediabile della vendita di beni di consumo alla responsabilità.

Inoltre, la previsione del diritto di regresso a favore dell'alienante per consentirgli di far ricadere su un altro soggetto della catena distributiva il peso degli oneri e delle spese sostenute per fare fronte ai vizi e ai difetti non imputabili ad una propria azione o omissione non potrebbe trovare giustificazione nella logica della responsabilità, ma risulta coerente con la ricostruzione in termini di garanzia. Non avrebbe, infatti, alcun senso parlare di una responsabilità del venditore a causa della violazione di un obbligo a lui imputabile se poi, con un'evidente contraddizione, si prevede la possibilità di traslare il costo di tale violazione a carico di altri soggetti che in tal caso verrebbero ad essere fatti responsabili a causa della responsabilità di un altro¹⁶. Detto in altri termini, la responsabilità da inadempimento risponde, per definizione, ad una logica bilaterale, presupponendo la violazione di un rapporto; mentre la garanzia del venditore potrebbe essere vista come lo strumento diretto ad eliminare immediatamente l'effetto svantaggioso per il consumatore, ponendolo a carico di colui che rappresenta la punta più avanzata nel sistema della produzione-distribuzione dei beni di consumo, per poi, scaricare il costo di tale rimedio sul soggetto realmente responsabile.

2.4 La riconduzione dell'obbligo di conformità alla violazione di quella parte della *lex contractus* che non consiste nell'assunzione di obbligazioni quanto, piuttosto, nella promessa di un determinato risultato, viene avvertita da questa parte della dottrina come una scelta obbligata se si ha a cuore la coerenza logica e sistematica e la conservazione delle categorie dogmatiche.

All'indomani dell'attuazione della direttiva in Italia, l'interprete si è trovato di fronte all'alternativa di conferire alle nuove disposizioni normative una veste dogmatica conforme all'elaborazione concettuale finora sviluppata ovvero di abbandonare gli schemi tradizionali, allargando le maglie del concetto di obbligazione e di responsabilità così da ricomprendervi fattispecie che, fino a quel momento, l'esperienza italiana aveva

¹⁶ Cfr. A. Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 525 s., in part. 559-560.

collocato altrove. Tra le due soluzioni prospettate sicuramente la prima è parsa la più comoda, o se lo si preferisce, la più sicura, all'interno di un sistema dalle fondamenta già non abbastanza solide. È stato, però, segnalato che, sebbene il diritto privato europeo sia caratterizzato dal particolare effetto destabilizzante diretto alla costruzione di un equilibrio nuovo, «le esigenze di uniformazione delle legislazioni europee non debbono prevalere sino al punto di soffocare la libertà di cui gode l'interprete nell'ermeneutica delle disposizioni normative, o, ancora, di rinunciare alle valutazioni dell'impatto che esse producono sul sistema domestico. L'obiettivo di ripensare il sistema interno alla luce delle nuove disposizioni comunitarie senza rinunciare al suo equilibrio impone all'interprete di non sacrificare con troppa sollecitudine le categorie della tradizione nazionale. Il patrimonio domestico di concetti e di modelli, infatti, può servire a raggiungere una maggiore consapevolezza del significato e della portata delle nuove disposizioni normative ed a scongiurare la già paventato rischio di una loro applicazione pura e semplice»¹⁷.

3. A tali drastiche considerazioni, almeno sotto un profilo teorico, non perviene chi, distaccandosi dal patrimonio concettuale acquisito, attribuisce, senza che ciò implichi necessariamente una frattura con la tradizionale, uno spiccato carattere di specialità alla disciplina consumeristica che, lungi dal rappresentare un *continuum* con quella codicistica, sarebbe, invece, regolata da criteri diversi secondo la logica europea e non interna. Il percorso argomentativo è dunque assai diverso rispetto al precedente e muove dalla verifica che le norme comunitarie di prevalente ispirazione rimediale delineino o meno un modello di relazione contrattuale non riconducibile alla struttura e alla funzione della vendita di diritto comune¹⁸. La questione pregiudiziale che, in un ordine di priorità logica prima ancora che giuridica, l'interprete dovrebbe cercare di chiarire consiste nell'accertamento della

¹⁷ S. Mazzamuto in *La vendita dei beni di consumo*, a cura di R. Alessi, cit., 329.

¹⁸ In questi termini si pone Alessi in *La vendita dei beni di consumo*, cit., 11 in cui si legge: «Consapevole ma non prigioniero del proprio bagaglio culturale, e, avvertito da simile insegnamento, il giurista italiano dovrebbe innanzitutto assecondare l'ispirazione della normativa europea partendo dall'esame delle tecniche di tutela offerte al consumatore e della loro fruibilità, piuttosto che dall'indagine sulla natura della responsabilità del venditore-professionista: il brocardo *ubi jus ibi remedium* si inverte nel suo contrario, sottolinea di Majo».

specialità della disciplina introdotta dalla direttiva, il che, peraltro, sembrerebbe confermato non solo da un'analisi della disciplina introdotta dalla normativa europea, ma anche dagli sporadici interventi che la giurisprudenza italiana ha effettuato in materia.

La normativa consumeristica definisce la nozione di vendita di beni di consumo introducendo un elemento di discontinuità rispetto alla disciplina codicistica poiché individua un sottotipo di vendita prendendo in considerazione non tanto la cosa oggetto del diritto trasferito quanto la qualità delle parti che concludono il contratto. L'art. 128, co. 1, cod. cons. accosta alla vendita le figure dell'appalto, della somministrazione e del contratto d'opera, accostandole alla luce della comune incidenza su beni mobili di consumo e, in questo modo, prende le distanze dalla causa tipica della vendita in genere. Di conseguenza è legittimo ritenere che ai fini della disciplina non assuma rilevanza lo scambio in senso giuridico di cosa contro prezzo, quanto piuttosto la presenza di uno scambio economico tra il produttore e il consumatore. Come si osserva in dottrina¹⁹ la specialità della disciplina in questione dipende *in primis* dalla figura del contraente-consumatore, con ciò discostandosi dal modello tradizionale della vendita che si appunta principalmente sulla natura dell'oggetto del contratto costituito da una prestazione di *dare*, che ha rappresentato da sempre uno degli ostacoli più forti al riconoscimento di tecniche di tutela a carattere soddisfacente.

L'abbandono di un approccio prevalentemente, se non esclusivamente, oggettivo trova, inoltre, una conferma nella preferenza mostrata dal legislatore per l'utilizzo di una terminologia innovativa qual è quella legata al concetto di non conformità in luogo della difettosità tradizionale, al fine di indicare quello stato per così dire patologico del bene che è presupposto dell'applicazione della tutela prevista dalla direttiva. Tale scelta, lungi dal rappresentare un mero criterio di delimitazione dell'ambito applicativo della normativa in esame, sembrerebbe fornire una chiave di lettura nell'interpretazione delle categorie concettuali della vendita di beni di consumo. Difatti, nella difficoltà di ipotizzare la sussistenza di gradi di non conformità che in qualche misura siano idonei a riprodurre l'idea della tripartizione classica di vizi contenuta nel codice civile, sembrerebbe più agevole e logico ritenere che il legislatore abbia voluto ricondurre *ad unitatem* ogni tipologia di difetto sotto l'ombrello della responsabilità. Del resto, pur a volere mantenere

¹⁹ Sul punto v. Alessi in *La vendita dei beni di consumo*, cit., 12.

una distinzione concettuale che presti fede alla tradizione, tale distinzione resterebbe priva di rilevanza concreta, poiché non accompagnata da una diversa graduazione anche sul piano rimediabile.

La nozione del difetto di conformità sembra, quindi, determinare un'esaltazione del profilo obbligatorio delle vendite dei beni di consumo: al centro della disciplina viene posto l'adempimento dell'obbligazione di conformità del bene compravenduto, il quale deve presentare le qualità proprie del tipo di appartenenza del prodotto acquistato non tanto al fine di garantire al compratore il bene in sé considerato, quanto, piuttosto, l'utilità finale di esso²⁰.

Quello che in sostanza preme sottolineare è che il legislatore europeo nel tentativo di disciplinare la vendita di beni di consumo ha volutamente introdotto un modello che sul versante delle regole e del funzionamento si rivela difforme da quello tradizionale della vendita. Più nello specifico, a costo di apparire ripetitivi, non si può dubitare che la disciplina della vendita di beni di consumo risponde ad esigenze specifiche del consumatore e su di esse si modella piuttosto che sulla tipologia e sulle caratteristiche del bene posto ad oggetto del rapporto. Non è un caso, poi, che il legislatore abbia accostato tale figura negoziale a contratti come l'appalto lontani dal modello classico della vendita, quasi a voler indirettamente accreditare l'idea di un modello difforme da quello tradizionale. Il minimo comune denominatore di tutti i rapporti presi in considerazione dalla norma in esame, è, pertanto, costituito dalla previsione di una obbligazione di risultato giustificata dalla comune causa di consumo. A tale tipologia di obbligazione sembrerebbe, inoltre, fare riferimento la sentenza in commento nella parte in cui esclude la legittimità della richiesta del venditore di un indennizzo al compratore per l'uso del bene ove venga richiesta la sostituzione poiché la Corte europea di giustizia fa espresso riferimento all'obbligo di conformità assunto dall'alienante con il contratto di vendita. In modo particolare,

²⁰ In questo senso Pisciotta, *Scambio di beni di consumo*, cit., 122 in cui si legge: «Anche qui si percepisce l'esigenza di assicurare all'acquirente la conformità del bene ai caratteri fondamentali per l'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo. La individuazione del profilo obbligatorio riferito all'oggetto ed alle sue qualità o caratteristiche come risultato è un indizio del fatto che le vendite dei beni di consumo si assumono comunque riferite a cose che, pur determinate, sono compravendute in considerazione dei caratteri di un tipo o genere cui appartengono. La funzione che connota queste vendite è quella di assicurare al consumatore la utilità finale di esso».

nonostante non sia del tutto perspicua, la sentenza definisce l'obbligo di cui all'art. 129 cod. cons. non certo in termini di garanzia, ma piuttosto in termini di obbligazione, inserendo quest'ultima all'interno di un rapporto sinallagmatico caratterizzato dalla corrispettività delle prestazioni, qual è appunto quello scaturente dalla vendita. A meno di non ritenere che l'invocazione del termine obbligazione sia impropria, va assegnato rilievo al fatto che la sentenza che si annota, piuttosto che cogliere l'occasione per esprimere una chiara presa di posizione a favore della garanzia, sembra, invece, esprimere la propria preferenza per concetti propri della materia delle obbligazioni. Inoltre va segnalato che quel che nella direttiva comunitaria viene indicato semplicemente in termini di doverosità e nel nostro ordinamento come in quello tedesco in termini di obbligo nel linguaggio del giudice europeo viene qualificato come obbligazione. La Corte europea, peraltro, nel puntualizzare che «il venditore, ove fornisca un bene non conforme, non esegue correttamente l'obbligazione che si era assunto con il contratto di vendita e deve dunque sopportare le conseguenze di tale inesatta esecuzione del contratto medesimo» sembrerebbe considerare l'obbligazione di consegnare beni conformi al contratto come un'obbligazione distinta ed autonoma rispetto a quella di consegna. Il venditore, difatti, per adempiere "correttamente" alla propria obbligazione dovrà non solo consegnare il bene venduto al consumatore, ma fare anche in modo che il bene consegnato presenti tutte le caratteristiche contrattualmente previste, pena la previsione di un obbligo di intervento a carico dell'alienante al fine di ripristinare quella conformità mancata e consentire al compratore di conseguire quel risultato che avrebbe dovuto essergli garantito sin dal tempo della contrattazione. La giurisprudenza europea prosegue, infatti, sottolineando che, tramite la sostituzione effettuata dall'alienante, il compratore non fa altro che ricevere, in ritardo, un bene conforme alle clausole del contratto, quale avrebbe dovuto conseguire sin dall'inizio.

Nell'indicare gli effetti che scaturiscono dalla violazione dell'obbligazione di conformità da parte dell'alienante, la sentenza resta fedele al dettato normativo che si esprime in termini di responsabilità, individuando nel venditore «colui che deve sopportare le conseguenze dell'inesatta esecuzione del contratto», in un'ottica probabilmente riparatoria della perdita subita. In tal modo, vengono richiamati i concetti di esattezza-inesattezza dell'esecuzione cui fa riferimento l'art. 1218 c.c. nello statuire le condizioni in presenza delle quali il debitore possa ritenersi

responsabile e viene evocato inoltre il concetto di correttezza-scorrettezza dell'esecuzione dell'obbligazione contrattuale al fine di indicare sia la condotta del consumatore tenuto al semplice pagamento del prezzo sia la condotta del venditore tenuto invece ad assicurare la conformità del bene compravenduto. La sensazione è che si voglia quasi recuperare una dimensione che non è strettamente quella di un'irregolarità dell'attribuzione traslativa avulsa da qualsivoglia riferimento al profilo del comportamento del venditore, che è l'aspetto tipico della garanzia; quanto piuttosto la dimensione sanzionatoria-riparatoria, che è il profilo tipico della responsabilità. Ed invero, il riferimento alla correttezza sembra sposarsi perfettamente con l'art. 1175 c.c. che, nel descrivere " il comportamento" cui il debitore ed il creditore sono tenuti nell'attuazione del rapporto obbligatorio, adotta come parametro di riferimento le regole della correttezza. Una regola di condotta, questa, che – com'è noto – costituisce, nel campo dei rapporti obbligatori, espressione del generale principio etico-giuridico della buona fede oggettiva tramite il quale il giudice è chiamato, nel caso concreto, a verificare il comportamento tenuto dalle parti. In tal caso non vi è, quindi, chi non veda che la sentenza della Corte di Giustizia, recuperando un parametro di valutazione della condotta in materia di rapporti obbligatori per vagliare il comportamento tenuto dall'alienante nella vendita con causa di consumo, offre un criterio orientativo che sembrerebbe suggerisce la fuoriuscita dell'obiettivo della conformità dal novero delle garanzie per propiziare la riconduzione al rapporto obbligatorio.

Del resto, nella direttiva vi sono anche altre disposizioni normative che nella loro formulazione sembrano evocare figure della tradizione nostrana legate all'inadempimento contrattuale. Si pensi ad esempio alla circostanza che l'esperimento dell'azione di risoluzione nella disciplina della vendita di beni di consumo è subordinato, oltre che alla impossibilità e alla eccessiva onerosità della riparazione e della sostituzione, anche alla non lieve entità del difetto di conformità *rectius* al requisito di una certa gravità del difetto. In merito a tale ultimo presupposto, sembrerebbe potersi cogliere una sorta di parallelismo con l'art. 1455 c.c. che esige espressamente come requisito necessario della risoluzione quello «della non scarsa importanza dell'adempimento avuto riguardo all'interesse dell'altra parte».

Sulla base di tali rilievi sollecitati anche dalla sentenza in esame, sembrerebbe che il modello intorno al quale viene ricostruendosi la disciplina della vendita dei beni di consumo sia

del tutto incompatibile con il fondamento e la natura della garanzia tipica del contratto di compravendita. Difatti, alla luce delle considerazioni in precedenza sviluppate e del pensiero di chi²¹, in maniera assai convincente, riconduce la garanzia all'interno della categoria dei rimedi contro un'alterazione del sinallagma contrattuale, tale figura esula da un'eventuale imputazione a titolo di colpa ed è, quindi, avulsa da qualsivoglia riferimento ai parametri della diligenza e della correttezza; ma non si riallaccia neppure ad una fattispecie di responsabilità oggettiva poiché quest'ultima, pur prescindendo da una condotta colposa, non può fare a meno, tuttavia, di un qualche criterio di imputazione. La garanzia, quale sanzione-reazione all'attribuzione patrimoniale consistente nell'effetto reale che il contratto di compravendita è diretto a realizzare al tempo della stipulazione, non è, quindi, riconducibile al concetto di obbligazione, che per sua stessa natura non si può già in punta di logica considerare inadempita già al momento della conclusione del contratto da cui sorge, richiedendo necessariamente un intervallo di tempo per assicurarne il compimento. E di conseguenza va esclusa anche la possibilità di conciliare la garanzia con la responsabilità. Obbligazione e responsabilità che invece sono le categorie intorno alle quali sembrerebbe ruotare la disciplina comunitaria.

Ciò che in tale sede si vuole maggiormente evidenziare è la palese, ma non per questo scontata, circostanza che il richiamo non solo letterale, ma anche contenutistico ad un modello di responsabilità, che, sebbene non esattamente corrispondente agli schemi della tradizione, ad essi si correla, va considerato un indice della chiara, anche se non esplicita, volontà del legislatore comunitario, prima, e della giurisprudenza, ora, di prendere le distanze dal modello della garanzia. Quest'ultima, infatti, per sua natura nonché in conseguenza dei principi generali dell'ordinamento giuridico, si pone, giocoforza, su di un piano del tutto diverso rispetto alla configurazione conferita alla vendita di beni dal diritto privato europeo, che abbandona l'ottica della mera sanzione dell'alterazione in sé dell'equilibrio sinallagmatico tipica della garanzia: ottica nella quale anche la risoluzione del contratto non rappresenta altro che un rimedio ablativo provocato dal medesimo squilibrio delle prestazioni, o meglio, delle attribuzioni patrimoniali, indipendentemente da qualsivoglia considerazione sul profilo comportamentale tenuto dalle parti.

²¹ Rubino, *La compravendita*, cit., 629 s.

Le conclusioni a favore dell'abbandono della prospettiva della garanzia vengono confermate dalla sua analisi contenutistica. Ed invero, come si fa notare in dottrina, il contenuto della garanzia si esaurisce nell'assicurare alla parte garantita il rimborso di tutto ciò che questi abbia pagato in dipendenza del contratto di vendita: «e cioè sia in dipendenza della stipulazione del contratto, che della successiva esecuzione di esso, che del conseguito possesso della cosa, che della sopravvenuta privazione del diritto e del possesso».²² Lo scopo della garanzia non è, quindi, di porre il compratore in una posizione economicamente equivalente a quella che avrebbe conseguito qualora la prestazione fosse stata eseguita esattamente; ma, tutt'al contrario, di porre il compratore nella posizione in cui il compratore si sarebbe trovato se non avesse stipulato il contratto. In altri termini, la garanzia sarebbe diretta a "risarcire" al compratore il cosiddetto interesse negativo a non concludere il contratto, ma non anche quello positivo a conseguire la prestazione. Da un esame della disciplina della vendita dei beni di consumo, nonché dalle argomentazioni contenute nella sentenza, emerge, invece, che l'obbligo di conformità cui è tenuto il venditore, impone a quest'ultimo di eseguire esattamente e correttamente la propria obbligazione, assicurando al compratore un bene che presenti tutte le caratteristiche contrattualmente previste ovvero garantendogli il soddisfacimento di quell'interesse positivo, che, invece, resta estraneo al contenuto della garanzia.

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza comunitaria espressamente chiarisce che l'assoluta gratuità della riparazione o della sostituzione non può dare luogo ad un'ipotesi di ingiustificato arricchimento a vantaggio del compratore, poiché nel caso di ripristino della conformità quest'ultimo si trova a ricevere esattamente ciò che gli è dovuto in base all'obbligo di conformità assunto dal venditore al tempo della contrattazione: l'obbligo il cui inadempimento dà luogo alla responsabilità cui l'art. 3 della direttiva.

Anche la gratuità del ripristino sembra rispondere più alla logica della responsabilità che a quella della garanzia. In particolare, se l'esclusione del pagamento di un indennizzo a carico del consumatore non si può considerare fonte di un ingiustificato arricchimento per l'idoneità della sostituzione a dare pienamente corpo alla responsabilità del venditore a seguito dell'inadempimento dell'obbligo di conformità, si potrebbe ipotizzare che, al contrario, la previsione di un rimborso per l'uso

²² Rubino, *La compravendita*, cit., 643.

fatto del bene dal compratore verrebbe a configurare una fattispecie di limitazione della responsabilità del venditore, ovvero, più in generale, una restrizione del contenuto dei diritti e delle azioni riconosciute al compratore in caso di inadempimento del venditore. Se così fosse, il consumatore vedrebbe di gran lunga ridotta la tutela prevista a suo favore poiché verrebbe gravato da un onere di compensazione economica fortemente limitante. Al punto che si potrebbe anche prospettare il carattere vessatorio ex art. 33 cod. cons. di una tale pattuizione perché diretta ad escludere o a limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista in caso di suo inadempimento totale o parziale, il che peraltro offre un'ulteriore conferma che la disciplina della vendita resta, sempre, più coerente con la logica dell'inadempimento piuttosto che con quella della garanzia. Del resto, come parte della dottrina tende a sottolineare²³, l'art. 134 cod. cons. che espressamente dispone l'inderogabilità delle norme poste in tema di responsabilità del venditore nella vendita dei beni di consumo, rappresenterebbe una specificazione di quanto sancito dall'art. 33 del codice del consumo, partecipando, pertanto, della sua stessa natura.

Va qui segnalato che la garanzia mal si concilia con la inderogabilità della disciplina della vendita dei beni di consumo. Ed infatti l'art. 1487 c.c. legittima i contraenti ad aumentare ovvero a diminuire gli effetti della garanzia, potendo, inoltre, prevedere l'esclusione della stessa con il solo limite sancito dall'art. 1490 c.c. in caso di mala fede del venditore che abbia taciuto i vizi della cosa. Se a prevalere fosse stata tale logica, la giurisprudenza comunitaria non avrebbe certo incontrato forti ostacoli a legittimare una graduazione della garanzia in senso favorevole al venditore tramite la previsione di un obbligo indennitario in capo a quest'ultimo. Comunque si voglia risolvere la questione, non si può negare la specialità della disciplina comunitaria, ispirata prevalentemente ad esigenze di tutela del consumatore. Come infatti si sottolinea nella sentenza, il carattere della gratuità del ripristino della conformità del bene rappresenta un elemento essenziale nel perseguimento degli obiettivi di garanzia e di protezione del consumatore perseguiti dalla direttiva e, in quanto tali, inderogabili.

Una previsione in senso contrario comporterebbe, infatti, per il consumatore oneri finanziari che potrebbero dissuaderlo dalla scelta del rimedio posto a sua tutela. Se si condivide questa

²³ Pisciotta, *Scambio di beni di consumo*, cit., 43.

impostazione, i rimedi della riparazione e della sostituzione possono essere ricondotti all'interno dell'azione di esatto adempimento contrariamente a quanto sostiene chi, schierandosi a favore della tesi della garanzia, gli attribuisce, non senza un malcelato imbarazzo, ora natura restitutoria ora natura di risarcimento in forma specifica *ex art. 2058 c.c.*, nonché a quanto sostenuto da chi riconduce i rimedi ripristinatori al concetto di garanzia in forma specifica²⁴.

Dalla sentenza in esame appare confermata, inoltre, la tanto discussa relazione gerarchica tra i rimedi di cui sopra e quelli della risoluzione e della riduzione, il cui esperimento da parte del consumatore è subordinato alla sussistenza dei presupposti espressamente indicati dalla norma. Viene da chiedersi al riguardo se in effetti la gerarchizzazione dei rimedi sia più vantaggiosa per il consumatore o se, piuttosto, il legislatore comunitario non abbia, con essa, voluto perseguire degli obiettivi di più ampio respiro, come quello di tutelare il regolare andamento del mercato interno, all'insegna di una libera circolazione di beni e di servizi, anche, e soprattutto, mediante la conservazione dei rapporti posti in essere, nonché, di favorire il più possibile un effetto di deflazionamento del contenzioso giudiziario. Nella prospettiva della massima tutela possibile del consumatore, suscita invece più di qualche perplessità la necessità per il consumatore di esperire dapprima i rimedi della sostituzione-riparazione, senza potere avvalersi direttamente della risoluzione, anche quando non abbia più un reale interesse al mantenimento del rapporto contrattuale. Allo stesso modo la previsione di un rimborso a carico del consumatore per l'utilizzo eventuale del bene, molto probabilmente, avrebbe un effetto limitante per la libera circolazione dei beni, in quanto il consumatore ben si guarderebbe dall'acquistare un bene in un paese membro in cui siano vigenti norme contrattuali che non assicurino una adeguata tutela nei suoi confronti.

3.1 Giunti a tale punto dell'indagine, pare opportuno approfondire e chiarire alcuni aspetti di prima importanza a sostegno della riconduzione dell'obbligo di conformità all'interno delle obbligazioni contrattuali.

Innanzitutto, occorre avere ben chiaro che la responsabilità del venditore-professionista, delineata dalla direttiva europea, affonda le proprie radici all'interno di quel processo di matrice

²⁴ Alessi in *La vendita dei beni di consumo*, cit., 7.

comunitaria che mira alla contrattualizzazione di quei doveri di informazione, di trasparenza e di pubblicità posti a tutela del consumatore-contraente debole. Il pericolo di una riesumazione del “mostriciattolo di Pothier” ossia della “obbligazione di far avere la cosa utilmente”, sulla cui inconsistenza logica la dottrina si era espressa sin dal diritto romano, ma che venne accreditata dal giurista francese²⁵ e che da sempre costituisce uno degli ostacoli più forti all'accoglimento della teoria della responsabilità, potrebbe essere scongiurato, infatti, a condizione che si abbandonino le ristrette categorie tradizionali. Anzitutto, come si fa notare in dottrina «il significato della verifica in tema di esatta esecuzione del contratto suggerita dalla nuova disciplina non potrà essere colto dall'interprete che continui a riferirsi al contratto come accordo tra compratore e venditore fotografato al momento della conclusione e dunque allorché le parti avrebbero potuto far convergere l'attenzione su quel determinato bene che l'accordo trasferisce subito in proprietà al compratore»²⁶. Quando si parla di contratto nella logica comunitaria si vuole fare riferimento, invece, a quella fase più ampia della negoziazione, intercorsa tra consumatore e professionista sin dal momento in cui gli stessi si incontrano nel mercato. Come detto in precedenza, infatti, la concezione soggettiva del difetto posta alla base della disciplina europea fa sì che la verifica di conformità si collochi nell'ambito di una vicenda in cui ogni aspetto dell'operazione economica posta in essere, tra cui in primo luogo il messaggio pubblicitario, assume rilevanza giuridica. In sintesi si può ritenere che tutto quanto è stato oggetto di impegno o di dichiarazione, anche se collocato in un contesto temporale anteriore alla conclusione del contratto, ne entra a fare parte acquisendo valore vincolante per chi si è impegnato. Posta in questi termini la questione, forse risulterà più chiara e convincente l'idea che il professionista, contrariamente a quanto sostenuto dai fautori della garanzia, è nelle condizioni di controllare il reale stato della cosa e di assicurare, pertanto, in un modo o nell'altro l'acquisizione da parte del consumatore dell'utilità agognata. Come si rileva in dottrina con la direttiva 44/99/CE si tende ad eliminare la netta separazione tra contenuto dell'informazione e contenuto del contratto, mediante

²⁵ Cfr. Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo*, cit., 530 s.

²⁶ Così Alessi in *La vendita dei beni di consumo*, cit., 17.

l'individuazione di un obbligo di conformità del bene venduto alle qualità promesse dal venditore²⁷.

Il riconoscimento di un'obbligazione di risultato in capo all'alienante si potrebbe, tuttavia, prestare ad altri inconvenienti. Il ricorso a tale tipologia di obbligazione, infatti, sembra avere una sua pertinenza con la vendita dei beni di consumo purché tale obbligazione venga assunta nell'accezione tradizionale. In particolare, l'obbligazione di risultato, a differenza di quanto previsto per quella di mezzi in cui la valutazione della diligenza diviene decisiva *ex art. 1176 c.c.*, viene ricollegata al criterio di imputazione oggettiva della responsabilità contrattuale individuato nell'art. 1218 c.c. Più di recente, però, sulle orme di Mengoni, tale distinzione è stata fortemente criticata²⁸. La diligenza, infatti, lungi dall'essere irrilevante nelle obbligazioni di risultato, indicherebbe lo sforzo esigibile dal debitore nella fase di esecuzione del rapporto e rilevarebbe in quanto strumentale al raggiungimento del risultato programmato: in ogni obbligazione infatti convive un comportamento strumentale del debitore e un risultato atteso dal creditore.

Tuttavia, ai rilievi appena sollevati si potrebbe obiettare l'erroneità della considerazione di partenza secondo cui la responsabilità prevista nella vendita dei beni di consumo sia totalmente avulsa da qualsivoglia riferimento al comportamento tenuto dal venditore, nonché, sganciata dal parametro della diligenza quale criterio di commisurare della condotta delle parti. Alla luce di quanto sopra precisato, ai fini della valutazione

²⁷ Così Pisciotta, *Scambio di beni di consumo*, cit., 15 s. e in questi termini si individua un precedente giurisprudenziale italiano: Giudice di pace di Bari, 8-3-2006 che espressamente si pronuncia in tali termini: «il 2° comma dell'art. 1519 ter prevede una serie di ipotesi – che devono coesistere- in presenza delle quali il bene si considera conforme all'uso: si tratta di presunzione *iuris tantum*. Tra le varie circostanze la più interessante sembra quella prevista alla lett c) la quale si riferisce alle qualità e alle caratteristiche che il consumatore può ritenere sussistenti sulla base della pubblicità del bene effettuata dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, nonché sulla scorta delle etichette impresse sulle cose. Questa norma, implicitamente, induce ad un comportamento leale del produttore e degli altri soggetti richiamati, affinché gli stessi non facciano cadere in errore i consumatori con una pubblicità ingannevole».

²⁸ Per una trattazione completa del processo evolutivo che ha interessato le obbligazioni di mezzi e di risultato v. A. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e di mezzi*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 797 s.; F. Piraino, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, *ivi*, 2008, 83 s.

dell'inadempimento contrattuale, si dà rilevanza all'obbligo di comportamento cui è tenuto il venditore, che consiste nel fornire una corretta informazione al consumatore alla luce della sua influenza sulla volontà di contrarre di quest'ultimo²⁹. Tale scelta è adottata anche dal legislatore tedesco e, sebbene si discosti dalla nostra tradizione giuridica, consente di recuperare in una fase per noi precontrattuale e per l'esperienza europea già contrattuale quelle regole di correttezza, cui anche la sentenza in oggetto sembra fare riferimento, tipiche dei rapporti obbligatori.

A riprova della fondatezza di tali riflessioni può essere sottolineato, inoltre, che il parametro della diligenza viene adottato anche al fine di circoscrivere la tutela dell'affidamento del consumatore che non può spingersi sino al punto da legittimare la mancanza della diligenza minima richiesta a chiunque si ponga nella contrattazione³⁰. Al riguardo, infatti, il 3° comma dell'art. 129 cod. cons. esclude espressamente la ricorrenza del difetto di conformità qualora, al momento della conclusione del contratto, il consumatore sia a conoscenza del difetto o non poteva ignorarlo con l'ordinaria diligenza. Se si pone tale norma a confronto con l'art. 1491 c.c. in tema di garanzie – osserva parte della dottrina – risulta evidente che il comportamento scorretto del venditore nella fase delle trattative non può costituire parametro di valutazione al fine di diminuire il rigore della diligenza richiesta al consumatore, a meno che non siano poste in essere delle dichiarazioni pubbliche. In tale caso, infatti, secondo quanto si è detto, assumerà rilevanza il comportamento diligente tenuto dal venditore vincolato dall'obbligo di rendere conoscibile al compratore la nuova dichiarazione sulla qualità del bene entro il momento della conclusione del contratto. Ovviamente nel caso in cui abbia assolto a tale obbligazione, il venditore non potrà rispondere per inadempimento dell'obbligo di conformità ed il consumatore non potrà più beneficiare di quella tutela prevista per i soggetti in buona fede³¹.

Ad un'analisi complessiva che tenga conto non solo del sistema di presunzioni previsto dalla disciplina comunitaria, ma anche delle ipotesi di esonero della responsabilità del venditore, si evince che tale responsabilità speciale non sia totalmente avulsa da qualsivoglia addebito a titolo di colpa, poiché anzi la valutazione del comportamento del debitore è affidata al criterio legale posto

²⁹ In questi termini si esprime Pisciotta, *Scambio di beni di consumo*, cit., 128.

³⁰ Pisciotta, op. cit., 123.

³¹ Pisciotta, op. cit., 124.

dall'art. 129, 4° comma, cod. cons., il quale oscilla tra il canone dell'ordinaria diligenza e quello della diligenza professionale, a seconda che le dichiarazioni siano rese da altri soggetti o dallo stesso venditore³².

Da tutto ciò è possibile trarre un ulteriore rilievo: il diritto europeo dei contratti del consumatore assegna primario rilievo al momento in cui il compratore viene posto nelle condizioni di effettuare una verifica diretta sul bene, a prescindere dal momento di conclusione del contratto. Per espressa disposizione normativa il venditore, infatti, va considerato responsabile di "qualsiasi" difetto esistente al tempo della consegna e quindi anche di quelli connessi al caso fortuito, in palese deroga al principio consensualistico, nonché, alla regola *res perit domino* propri del contratto di compravendita di diritto comune. Anche sotto questo profilo, viene confermato, quindi, l'assunto secondo cui la disciplina della vendita dei beni di consumo si discosta da quella della vendita in generale, la quale addebita a titolo di garanzia al venditore i soli vizi esistenti al momento della conclusione del contratto, ma non anche quelli intervenuti successivamente al trasferimento della proprietà, il cui rischio, a meno che gli stessi non siano imputabili all'alienante, è sopportato dal compratore. Inoltre, il modello di responsabilità che sembra accolto dalla disciplina consumeristica è quello della responsabilità diretta del venditore, anche se non produttore, al fine di garantire una certa velocità e sicurezza nella tutela predisposta a beneficio del consumatore. La scelta del legislatore è, pertanto, quella di velocizzare i traffici, garantendo un buon funzionamento del mercato interno ed individuando un soggetto specifico sul quale fare immediatamente ricadere le conseguenze negative della violazione dell'obbligo di garanzia, rinviando ad un secondo momento la ricerca del soggetto effettivamente responsabile sul quale scaricare, attraverso l'esercizio del diritto di regresso, l'onere definitivo della violazione. Se tale circostanza viene da taluni³³ interpretata come la conferma della natura di garanzia del vincolo di conformità, secondo altri³⁴, invece, il meccanismo del regresso non fa altro che riallacciarsi allo schema della responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari e dei padroni e committenti per l'illecito perpetrato dai commessi e domestici. In definitiva, verrebbe individuato un

³² Pisciotta, op. cit., 142.

³³ In questo senso Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo*, cit., 547 s.

³⁴ Vedi Pisciotta, *Scambio di beni di consumo*, cit., 37 s.

soggetto al quale accollare il rischio del difetto di conformità per poi traslarne il costo su altri soggetti, secondo le regole di cui agli art. 1228 e 2049 c.c.

4. Tra la teoria dell'obbligazione e la teoria della garanzia si colloca la tesi³⁵ che, fedele all'impostazione tradizionale ma attenta al rispetto della *ratio* comunitaria, preferisce adottare una soluzione di compromesso che distingue tra vizi e difformità esistenti al momento della conclusione del contratto e vizi e difformità intervenuti in un momento successivo. Con riferimento ai primi, è logicamente inconcepibile saldare la responsabilità del venditore alle presunte obbligazioni di conformità del bene al contratto e di consegna di beni conformi, sicché è preferibile continuare a ricondurli al paradigma della garanzia. Con riferimento ai secondi la forma giuridica dell'obbligazione sembra, invece, idonea a rappresentare la posizione del venditore, in quanto, in tale caso, cadono gli ostacoli logici e giuridici di cui si è dato ampiamente conto.

Una dottrina più recente, inoltre, ha ritenuto che l'art. 128 cod. cons. rappresenti l'abbandono della sequenza traslativo-possessoria del modello generale della vendita, segnato dalla centralità del momento dell'acquisto del diritto, a favore di una sequenza caratterizzata dalla disarticolazione della vicenda traslativo-possessoria, disarticolazione nella quale il momento rilevante è rappresentato dal conseguimento della materiale disponibilità del bene. E pertanto l'oggetto della prestazione può considerarsi definitivamente individuato solo all'atto della consegna e non già con il perfezionamento della fattispecie traslativa, che di regola si compie con la prestazione del consenso. Ne discende, quindi, «l'autonomia tra l'acquisto del diritto e il conseguimento della disponibilità di un bene che sia funzionalmente idoneo determina che l'allineamento tra il risultato traslativo e l'ottenimento di un bene conforme sia sempre possibile sino al momento della consegna e che non vi siano ostacoli a qualificare in termini di obbligazione l'impegno del venditore a dislocare sul piano possessorio il risultato traslativo», con il risultato di considerare il diritto alla riparazione e alla sostituzione un'applicazione specifica della richiesta di adempimento concessa al contraente fedele dalla norma generale di cui all'art. 1453 c.c.³⁶.

³⁵ Cfr. Luminoso, *La compravendita*, cit., 320 s.

5. Un'esperienza a sé può essere considerata quella tedesca in cui la disciplina prevista per la compravendita è rimasta perlopiù saldamente ancorata alle radici romane, fino al recepimento della direttiva 44/99/CE. Ciò ha comportato che alla prassi giurisprudenziale fosse demandato il difficile compito di risolvere gran parte dei problemi che una normativa non in linea con i tempi poteva causare, con la conseguenza del rischio di scollamento tra soluzioni giurisprudenziali e legge scritta. L'impatto della direttiva all'interno dell'ordinamento tedesco risulta alquanto singolare perché la Germania, a differenza degli altri Stati membri, non ha dato luogo ad un *corpus* di norme autonomo per le vendite tra consumatori e professionisti, ma ha preferito adattare l'intera disciplina codicistica della vendita a quella di matrice europea, con l'unica variante che l'inderogabilità della disciplina opera soltanto per le vendite al consumatore. I contraenti possono prevedere, dunque, una minore tutela per l'acquirente non consumatore o nei rapporti tra consumatori e consumatori mediante il consueto impiego di condizioni generali di contratto.

Ai sensi del nuovo § 433, par.1, s. 2, BGB, il venditore ha l'obbligo di consegnare beni che siano conformi al contratto, sancendo con ciò il passaggio dalla vecchia teoria della garanzia a quella dell'adempimento cui si ispirano tanto la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (CISG) quanto la direttiva. Inoltre, ai sensi del § 434, par. 1, BGB, i beni, al momento della consegna, possono dirsi esenti da vizi e qualitativamente conformi, se, quando passa il rischio, corrispondono allo *standard* qualitativo concordato nel regolamento contrattuale, nel quale entrano a fare parte anche le caratteristiche che il compratore si può attendere sulla base di dichiarazioni pubbliche rese dal venditore, dal produttore o da persona che lo assista. Nella disciplina tedesca scompare completamente la distinzione tra vizi ed *aliud pro alio*, ponendo così fine ad una serie di problemi che la tradizionale disciplina della compravendita comportava. Sotto il profilo delle tecniche rimediali il § 437 attribuisce all'acquirente il diritto di esigere la prestazione di consegna di un bene conforme, includendo in tale nozione sia la sostituzione sia la riparazione del medesimo.

³⁶ G. Amadio, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 127 s.; Id., G. Amadio, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 863 s.; ma *contra* v. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, cit., 1055 s.

Seguono la risoluzione e la riduzione del prezzo e, infine, la tutela risarcitoria di cui il compratore si può pur sempre avvalere. In tal modo il legislatore tedesco, anche se non in maniera evidente, recepisce la gerarchizzazione prospettata dalla direttiva.

Per espressa disposizione di legge, qualora il consumatore richieda la manutenzione del contratto il venditore sarà tenuto a sopportare il pagamento delle spese relative al secondo adempimento, potendo, tuttavia, richiedere la restituzione del bene che *medio tempore* sia stato utilizzato. Già all'indomani del recepimento, un punto di accesa discussione è stato quello relativo alla possibilità di prevedere in capo al consumatore riguardo l'onere del pagamento di un indennizzo per l'uso fatto del bene. Al riguardo, infatti, il legislatore tedesco, interpretando erroneamente l'art. 3 n. 3 della direttiva, ha ritenuto che, in caso di sostituzione del bene, gli stati membri godano della discrezionalità di prevedere un aggravio economico a carico del consumatore. Sulla base delle considerazioni già effettuate, la Corte di giustizia è intervenuta sul punto chiarendo la *ratio* della direttiva e la sua corretta interpretazione che è nel senso dell'assoluta gratuità dell'adempimento nella forma della riparazione e della sostituzione, a maggior tutela del consumatore che in caso contrario potrebbe essere scoraggiato dal ricorrere a tali strumenti.

La riforma della disciplina tedesca delle obbligazioni ha dato luogo, inoltre, ad una copiosa letteratura che vede gli autori divisi tra chi, trascurando la matrice europea della riforma, ha preferito riproporre i vecchi concetti nell'interpretazione delle nuove norme del BGB e chi, salutando positivamente la riforma, ha fatto leva sui modelli europei per liberarsi dagli antichi vincoli creati soprattutto dalla giurisprudenza³⁷.

In sede di consuntivo dell'analisi svolta, va rilevato che la nuova disciplina tedesca appare in misura prevalente aperta al recepimento del diritto di origine comunitaria, anche a costo di abbandonare il patrimonio concettuale della tradizione, al fine di incentivare quel processo di armonizzazione e di semplificazione dei diritti nazionali, che è alla base degli obiettivi comunitari. L'esperienza italiana, di contro, forse più fedele alla tradizione, piuttosto che dare corso ad un processo di adattamento della disciplina interna a quella comunitaria, ha preferito, in prima battuta, leggere quest'ultima alla luce delle categorie e dei principi consolidati, pur senza disconoscerne le specificità.

³⁷ Per una esauriente trattazione della tematica vedi P. Rott, *La disciplina tedesca della compravendita dopo l'attuazione della direttiva 1999/44 CE*, in *La vendita dei beni di consumo*, cit., 215 s.

È probabile che i problemi interpretativi sorti all'indomani dell'attuazione della direttiva nascono, con ogni probabilità, da un erroneo processo di ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra il vecchio ed il nuovo, in senso fortemente riduttivo nei confronti di quest'ultimo. L'interprete, invece, liberandosi da qualsivoglia "pregiudizio giuridico", dovrebbe imparare a condividere il carattere speciale della normativa europea, che proprio per la sua specificità non può non rispondere a regole e a principi suoi propri non necessariamente corrispondenti a quelli interni. Del resto – come si è già anticipato – tale carattere appare confermato e, per certi versi, accentuato dalla collocazione della vendita dei beni di consumo al di fuori del codice civile e all'interno invece di un *corpus* giuridico a sé stante ispirato ad esigenze di protezione del consumatore, qual è il codice del consumo. Non è forse un caso, infatti, che l'art. 130 cod. cons., probabilmente al fine di superare le antiche questioni interpretative, nel regolare i rapporti tra normativa interna e comunitaria attribuisca a quest'ultima carattere inderogabile e prevalente, potendo il consumatore avvalersi di quella interna solo per quanto non espressamente disciplinato dal codice del consumo.

Sulla base di tali premesse, quindi, non sembri azzardato ritenere che al richiamo formale di alcune categorie civilistiche, come quella delle obbligazioni, della responsabilità ovvero del contratto, operato dalla disciplina europea, non debba necessariamente corrispondere una perfetta identità strutturale e contenutistica con le medesime figure secondo la loro raffigurazione tradizionale. Solo abbracciando una tale impostazione, è possibile infatti ricondurre *ad unitatem*, seppure nel rispetto delle logiche differenti, un panorama che allo stato appare alquanto disorganico.