

RISARCIMENTO DEL DANNO E PRESUNZIONE DI PREESISTENZA DEL DIFETTO DI CONFORMITÀ*

di Elisa CORRADO**

ABSTRACT

Il presente contributo ha ad oggetto l'analisi di una recente decisione della Corte d'Appello di Bologna, la quale offre interessanti spunti di riflessione sul tema dell'esperibilità dell'azione risarcitoria in ambito consumeristico e del relativo onere probatorio. Nella fattispecie, l'indagine originata dalla pronuncia coinvolge la collocazione del rimedio risarcitorio rispetto agli altri strumenti remediali offerti dal codice del consumo e la relativa disciplina, tenendo conto delle rilevanti modifiche intervenute a seguito dell'attuazione della direttiva 2019/771/UE. Esamina, inoltre, alcuni profili problematici connessi alla presunzione di preesistenza del difetto di conformità, introdotta all'art. 132, comma 3, cod. cons. ed anch'essa oggetto di recenti modifiche.

SOMMARIO

1. Codice del consumo – Difetto di conformità – Risarcimento del danno – Presunzione di preesistenza del difetto – Onere della prova	1
2. Motivi della decisione.....	1
3. Il fatto	4
4. La disciplina applicabile al rimedio risarcitorio.....	5
5. La presunzione di preesistenza del difetto di conformità.....	10

1. CODICE DEL CONSUMO – DIFETTO DI CONFORMITÀ – RISARCIMENTO DEL DANNO – PRESUNZIONE DI PREESISTENZA DEL DIFETTO – ONERE DELLA PROVA

Sebbene l'art. 130, comma 2, C. Consumo non annoveri il diritto al risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento, ciò non significa che il consumatore che abbia ricevuto un bene non conforme al contratto non possa avanzare, nei confronti del professionista, delle pretese risarcitorie: il diritto al risarcimento del danno rientra senz'altro fra i diritti attribuiti al consumatore da "altre norme dell'ordinamento giuridico" italiano (art. 135 cod. consumo) (1).

L'art. 132, comma 3, C. Consumo, introduce una presunzione *iuris tantum*, superabile attraverso una prova contraria, finalizzata ad agevolare la posizione del consumatore: ne deriva che ove il difetto si manifesti entro il termine di sei mesi dalla consegna del bene, il consumatore gode di un'agevolazione probatoria, dovendo semplicemente allegare la sussistenza del vizio e gravando conseguentemente sulla controparte l'onere di provare la conformità del bene consegnato rispetto al contratto di vendita (2).

(Omissis)

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

1. L'appellante censura la sentenza laddove ritiene non raggiunta la prova dell'esistenza di un difetto del motore, lamentando l'omessa considerazione da parte del giudice del contenuto della perizia tecnica del Per. Ind. A.C., versata in atti, nonché delle dichiarazioni testimoniali rese da quest'ultimo. Si duole, inoltre, del fatto che il Tribunale abbia valutato le dichiarazioni del teste V. indicato da parte convenuta, seppur non siano idonee a contraddire la testimonianza del Per. Ind. Cassina circa lo stato di rinvenimento del motore. Infine, censura la contraddittorietà della sentenza laddove afferma che "...essendo questi gli esiti dell'istruttoria svolta, si reputa che, anche

* Nota alla Corte di Appello di Bologna – 23 gennaio 2024 n. 157 – FIORE *Presidente* – GAUDIOSO *Relatore* – G.J.C. (Avv.ti Marco Bianchi, Luca Depetro) c. C.C.R. (Avv.ti Simona Rizzo, Jenny Vigilia).

* Dottoranda presso l'Università di Brescia.

a voler soprassedere sul fatto che la vettura sia stata oramai riparata non rendendo più scrutinabile non solo i vizi presentati bensì la relativa eziologia e se trattasi di un difetto originario, a cosa lo stesso sia imputabile, chi abbia ommesso di intervenire, in che modo tale circostanza potesse essere rilevata e da chi sia stata taciuta, non può dirsi raggiunta la prova della esistenza dei difetti denunciati dall'attrice..." nonostante lo stesso Tribunale qualifichi la responsabilità del venditore come responsabilità oggettiva e sebbene il motore, smontato, sia sempre rimasto nella disponibilità delle parti in causa;

2. L'appellante domanda che in esito all'accoglimento del primo motivo di gravame la sentenza venga riformata anche nel capo relativo alle spese di lite, con condanna della parte appellata alla refusione anche delle spese di lite del primo grado di giudizio.

Si esaminano preliminarmente le eccezioni sollevate dall'appellata.

L'eccezione di inammissibilità dell'appello ex art. 342 c.p.c. è infondata, perché l'atto, nel complesso soddisfa il requisito della specificità, risultando sufficientemente indicate sia le parti del provvedimento che si intendono appellare sia le circostanze da cui deriva la violazione della legge e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata. Anche le eccezioni di decadenza e prescrizione sollevate nel primo grado di giudizio dal C., non esaminate dal Tribunale nella sentenza impugnata e riproposte dall'appellato nel presente giudizio, non meritano accoglimento. Risulta, infatti, che il C. nel primo grado di giudizio si sia costituito il 10.10.2017 in vista dell'udienza di prima comparizione delle parti fissata per il 12.10.2017. Il mancato rispetto del termine di venti giorni prima dell'udienza prescritto dall'art. 166 c.p.c. ha comportato, a mente dell'art. 167 c.p.c., la decadenza del C. dalla possibilità di sollevare tali eccezioni, da qualificarsi come eccezioni in senso stretto per le quali è esclusa la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice. Non rileva, ai fini della decadenza, il fatto - dedotto dal C. a sostegno dell'ammissibilità delle eccezioni - che l'udienza celebratasi il 12.10.2017

non sarebbe qualificabile come prima udienza di trattazione, atteso che in quell'occasione il giudice si limitò a disporre l'esperimento del tentativo di negoziazione assistita obbligatoria che, invece, è uno degli incombeni che il giudice deve svolgere alla prima udienza dopo avere esaminato la regolarità delle notifiche e del contraddittorio. Tanto premesso, il primo motivo di gravame merita accoglimento nella parte in cui censura la sentenza laddove il Tribunale ritiene non raggiunta la prova dell'esistenza di un difetto del motore della vettura acquistata dalla G.

Si osservi che, condivisibilmente, il Tribunale ha ritenuto applicabile alla fattispecie, nella sua formulazione *ratione temporis* applicabile, la disciplina consumeristica. Altrettanto correttamente ha ritenuto che la G., quale consumatore, possa esperire l'azione di risarcimento del danno, seppur non espressamente prevista dal Codice del Consumo. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità osserva che sebbene l'art. 130, comma 2, C. Consumo non annoveri il diritto al risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento "ciò non significa peraltro che il consumatore che abbia ricevuto un bene non conforme al contratto non possa esercitare, nei confronti del professionista, delle pretese risarcitorie: il diritto al risarcimento del danno rientra senz'altro fra i "diritti" attribuiti al consumatore da "altre norme dell'ordinamento giuridico" italiano (art. 135 cod. consumo)" (v. Cass. civ. n. 1082/2020). La pronuncia citata precisa, altresì, che la facoltà di esercitare l'azione di risarcimento del danno senza chiedere né la risoluzione del contratto né la riduzione del prezzo "non può essere negata al consumatore quando ricorra una delle situazioni di cui all'art. 130 cod. consumo, comma 7, che contempla in primo luogo proprio la situazione che la riparazione o la sostituzione siano impossibili o eccessivamente onerose". Orbene, nella fattispecie in esame, il C. non ha contestato quanto sostenuto dalla G. circa l'impossibilità di riparare il motore e, per altro verso, ha lui stesso dedotto l'eccessiva onerosità della sostituzione del vetusto motore dell'autovettura di anni dieci con un motore nuovo. Chiarita, dunque, la sussistenza

dei presupposti per l'esperimento dell'azione risarcitoria da parte della G., si osservi che, a mente del disposto dell'art. 132 comma 3 C. Consumo, "salvo prova contraria, si presume che i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene esistessero già a tale data, a meno che tale ipotesi sia incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità". Si tratta di una presunzione iuris tantum, superabile attraverso una prova contraria, finalizzata ad agevolare la posizione del consumatore: ne deriva che ove il difetto si manifesti entro tale termine, il consumatore gode di un'agevolazione probatoria, dovendo semplicemente allegare la sussistenza del vizio e gravando conseguentemente sulla controparte l'onere di provare la conformità del bene consegnato rispetto al contratto di vendita (v. Cass. civ. n. 13148/2020). Orbene, nel caso di specie, in disparte la questione attinente all'esatta individuazione dei chilometri percorsi dall'autovettura dopo la consegna alla G., non è contestato dal C. - ed è altresì stato confermato dal teste di parte attrice - che il difetto di funzionamento dell'autovettura lamentato dalla G. si sia manifestato il 4.5.2016 e dunque a distanza di pochissimi giorni dal ritiro dell'automobile, avvenuto il 29.4.2016, ben prima del termine di sei mesi dalla consegna. Di conseguenza, applicandosi la presunzione legale di cui all'art. 132 comma 3 C. Consumo, l'attrice ha solo l'onore di allegare la sussistenza del difetto mentre spetta al venditore convenuto in giudizio fornire la prova contraria circa la sussistenza della conformità del bene all'oggetto del contratto.

Nel giudizio di primo grado, la G. ha allegato la sussistenza del difetto del motore, ravvisato nella presenza di pezzi di ricambio non originali, che ne avrebbero determinato la fusione, sulla scorta degli esiti delle indagini condotte prima dall'autofficina 911 Sporto e poi dal Per. Ind. Cassina. A fronte di tale allegazione, il C. non ha offerto in giudizio alcuna prova contraria. In comparsa di costituzione e risposta di primo grado, il C. si è limitato a "dubitare dell'asserita difettosità del motore ascrivibile alla responsabilità del venditore" (p. 3 comparsa C.) e

a contestare le voci di danno individuate dalla G. in atto di citazione. Né consentono di ritenere raggiunta la prova contraria di cui è onerato il C. le deposizioni testimoniali assunte nel primo grado di giudizio dei testi V., G. e B. i quali riferiscono del buon funzionamento dell'autovettura in epoca antecedente alla vendita della medesima alla G. I testi V. e B. eseguirono sul veicolo "controlli di routine" e ne rilevarono il regolare funzionamento, constatando che non presentava perdite di olio o di liquidi. Orbene, in primo luogo i testi non hanno specificato quali controlli avessero eseguito - oltre alla verifica della perdita di olio o liquidi - e, in particolare, se avessero controllato lo stato del motore e della frizione; in secondo luogo, il fatto che non abbiano riscontrato malfunzionamenti quando C. consegnò loro l'automobile, prima della vendita, non preclude il fatto che gli stessi si siano disvelati in un momento successivo. Il teste G., poi, non eseguì alcun controllo, ma si limitò a fare un giro di prova durante il quale il veicolo non manifestò problemi. Nemmeno può ritenersi che la circostanza che il difetto di conformità esistesse al momento della consegna del bene sia incompatibile con la natura del bene o del difetto. Le considerazioni fin qui svolte valgono, come anticipato, anche per la frizione la cui completa usura è allegata dalla G. e rispetto alla quale il C. si limita ad affermare che "nulla si può riconoscere al compratore per la frizione, notoriamente soggetta a rapido degrado in caso di utilizzo non corretto o estremo" (p. 5 comparsa di costituzione e risposta). Risulta, pertanto, fondata la domanda risarcitoria della G. la quale merita accoglimento nei limiti di seguito indicati. È fondata la pretesa al risarcimento del danno consistente nella sostituzione del motore, alla luce di quanto normalmente accade nel caso di fusione del motore; tuttavia, la pretesa risarcitoria pari al costo del motore nuovo installato sull'autovettura (Euro 7.240, v. doc. 7 fasc. G. e all. A al doc. 7) è eccessiva, tenuto conto del fatto che il C. ha venduto alla G. un'autovettura immatricolata dieci anni prima e provvista, pertanto, di un motore usato e non nuovo. Si ritiene, pertanto, opportuno ridurre

equitativamente tale importo della metà, limitando la misura del danno ad Euro 3.620. È fondata la pretesa al rimborso delle spese sostenute per il cambio della frizione, pari a £ 149,35 di cui al doc. (...) sub all. 6. Non risulta pertanto giustifica la cifra di £ 350 indicata nello schema riepilogativo di cui al doc. 7. Si ritiene che la G. abbia pertanto diritto al rimborso alla minor somma di Euro 176,23, ottenuta convertendo la somma di £ 149,35 in Euro applicando il valore di cambio indicato nello stesso doc. 7 e non contestato dal C..

Inoltre, merita accoglimento la pretesa al rimborso delle spese di manodopera per Euro 2.905,17, così individuate in atto di citazione: "costo per analisi danno, montaggio del motore nuovo e smontaggio di quello disfunzionante". Non risultano risarcibili, invece, le ulteriori pretese avanzate dalla G. che ingiustificatamente aggravano la posizione del debitore, mai interpellato, e conseguono a scelte ed iniziative dell'appellante di cui non si ravvisa alcuna giustificazione, nemmeno offerta dalla stessa appellante. Si tratta delle spese per il trasporto del motore nuovo dagli Usa all'Inghilterra, le spese per il trasporto del motore disfunzionante dall'Inghilterra in Italia, il costo di avviamento e rodaggio del motore (quest'ultima connessa all'installazione nella vettura di un motore nuovo), il costo di finanziamento di tutte le spese sostenute. Pertanto, il C. è tenuto al pagamento nei confronti della G. della somma complessiva di Euro 6.701,4. Trattandosi di debito di valore, sul totale delle spese sono dovuti la rivalutazione e gli interessi sulla somma via via rivalutata da 30 giugno 2016, data intermedia degli esborsi (il primo è del 7.5.2016 v. doc. (...) sub all. A fasc. G. e l'ultimo è del 9.9.2016 v. doc. (...) sub all. G fasc. G.), da calcolarsi secondo i criteri indicati da S.U. 17.2.1995 n. 1712, alla data di pubblicazione della presente sentenza oltre interessi ex art. 1284 c.c. dalla pubblicazione della presente sentenza al soddisfo.

All'accoglimento del primo motivo di appello segue l'accoglimento del secondo motivo di appello formulato dalla G.

In conclusione, l'appello è fondato e la sentenza impugnata deve essere riformata per quanto di ragione.

(Omissis)

3. IL FATTO

Un consumatore, acquistato un autoveicolo usato in Italia e ricevute assicurazioni circa il perfetto stato della relativa componentistica meccanica, si è messo in viaggio verso la città di Horncastle, trovandosi costretto ad arrestare prematuramente la corsa a causa di un rumore metallico proveniente dal motore.

Per via del guasto, il veicolo è stato trasportato in un'autofficina della città inglese, ove è stata constatata la presenza di postumi di una precedente riparazione ed accertata l'usura di alcune componenti del motore.

Tanto dalla perizia redatta dall'autosalone inglese, quanto dalla successiva relazione tecnica stilata da un perito meccanico italiano, è risultato che il veicolo era già stato oggetto di eventi negativi quando in possesso dei precedenti proprietari e che, conseguentemente, il difetto del motore fosse ascrivibile alla precedente riparazione non effettuata a regola d'arte e, vieppiù, taciuta al consumatore/acquirente.

Dopo aver contestato al venditore la responsabilità per i danni tramite missiva a mezzo contrassegno senza ricevere riscontro, il consumatore ha agito giudizialmente nei confronti del venditore, chiedendo al Tribunale di Reggio Emilia la condanna al risarcimento dei danni patrimoniali subiti, ai sensi dell'art. 1494 c.c.

Il giudice ha rigettato la domanda risarcitoria sostenendo che, sebbene il diritto al risarcimento del danno trovi senz'altro cittadinanza nell'ambito della vendita consumeristica e la responsabilità risarcitoria abbia natura sostanzialmente oggettiva, nel caso in esame non potesse dirsi raggiunta né la prova dell'esistenza del difetto di conformità né dell'imputabilità dello stesso al venditore.

Il consumatore ha quindi impugnato tale decisione di fronte alla Corte d'Appello di Bologna, censurandone la contraddittorietà.

La Corte, nell'accogliere il gravame, ha evidenziato che, secondo la formulazione *ratione temporis*¹ applicabile della disciplina consumeristica e la relativa interpretazione offerta dalla giurisprudenza di legittimità, il diritto al risarcimento del danno rientra tra i diritti attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 135, co. 1, c. cons.²; la facoltà di esercitare l'azione di risarcimento del danno senza previamente chiedere né la risoluzione del contratto né la riduzione del prezzo deve essere riconosciuta al consumatore laddove, come prescritto dall'art. 130, co. 7, c. cons. e come verificatosi nel caso di specie, la riparazione o la sostituzione siano impossibili o eccessivamente onerose.

Chiarita la sussistenza dei presupposti per l'esperimento dell'azione risarcitoria da parte del consumatore, la Corte si è occupata dell'onere della prova e, dopo aver constatato che nel caso in esame il guasto al motore si era verificato appena cinque giorni dopo la consegna del veicolo, ha ritenuto applicabile il disposto dell'art. 132, co. 3, c. cons., che introduce una presunzione *iuris tantum* di esistenza del difetto al momento della consegna, laddove esso si manifesti entro sei mesi dalla stessa. I giudici hanno conseguentemente ritenuto che, operando tale presunzione, il consumatore si

dovesse limitare ad allegare la sussistenza del vizio, gravando poi sul venditore l'onere di provare la conformità del bene al contratto di vendita³.

4. LA DISCIPLINA APPLICABILE AL RIMEDIO RISARCITORIO

Come già previsto dall'art. 130, co. 1, c. cons. anteriormente all'attuazione della dir. 2019/771/UE e come oggi stabilito dall'art. 133, co. 1, c. cons., nella sua formulazione successiva al recepimento della stessa per mezzo del D. Lgs. n. 170/2021, "il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna".

La "responsabilità" ivi indicata determina – ora come nella vigenza della precedente normativa⁴ – l'assoggettamento del venditore a quattro rimedi disposti in ordine gerarchico e comprendenti, rispettivamente, la riparazione o sostituzione del bene non conforme e, in via solo secondaria, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto⁵.

Il risarcimento del danno continua dunque a non avere una espressa e puntuale regolamentazione nella normativa dedicata alla fornitura di beni di consumo⁶.

Procedendo in ordine cronologico, e cioè analizzando il problema a partire dalla disciplina previgente alla riforma, la mancanza di un espresso riferimento al risarcimento del danno nella lettera dell'art. 130 c. cons. ha indotto la dottrina prevalente⁷ – e con essa i giudici della Corte nel caso

¹ Il contratto di vendita dell'autoveicolo usato, da cui origina la controversia in esame, è stato infatti stipulato in data 5 aprile 2016, dal che deriva l'applicazione della disciplina consumeristica nella sua formulazione anteriore al recepimento della direttiva 2019/771/UE.

² Si veda Cass. 20 gennaio 2020, n. 1082, in *Giust. Civ.*, 2020, con nota di PELLEGRINI, *Vizio del bene compravenduto e riparazioni eccessivamente onerose tra codice del consumo e codice civile*.

³ In questo senso v. Cass. 30 giugno 2020, n. 13148, in *Giust. Civ. Mass.*, 2020.

⁴ Cfr. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da CICU-MESSINEO-MENGONI e continuato da SCHLESINGER, Giuffrè, Milano 2022, 602 ss.

⁵ L'indicazione dei rimedi esperibili dal consumatore era collocata, *ante-riforma*, all'art. 130, co.2, c. cons., ed è attualmente rinvenibile all'art. 135-bis c. cons., nella sua formulazione *post-riforma*. Sul fondamento oggettivo di tali rimedi, e cioè sull'affermazione della loro esperibilità in base alla mera non conformità del bene al contratto v. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del*

consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo, Cedam, Padova 2000, 128; DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 6 ss.; LUMINOSO, *op. cit.* 604.

⁶ Cfr. DI MAJO, *op. cit.*, 12, secondo cui il rimedio risarcitorio è «il grande assente» della regolamentazione in esame.

⁷ Cfr. RUSCELLO, *Le garanzie post-vendita nella direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999*, in *Studium Iuris*, 2001, n.7/8, 843; ZACCARIA-DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, Cedam, Padova 2002, 142 ss.; DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura di beni mobili conclusi da consumatori con professionisti*, in *Studium Iuris*, IV, 2002, 1326 ss.; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, in *Cod. civ. Commentario*, fondato da SCHLESINGER e diretto da BUSNELLI, Giuffrè, Milano 2004, 475; FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal Codice civile al codice del consumo)*, Jovene, Napoli 2007, 301 ss.; FOLLIERI, *Commento all'art. 130*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di VETTORI, Cedam, Padova 2007, 938 ss.; LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni*

in esame⁸ – ad applicare l'art. 135, co. 1, c. cons.⁹, a norma del quale il sistema rimediale individuato dalla disciplina consumeristica per far fronte ad un difetto di conformità del bene non esclude né limita l'esercizio, da parte del consumatore, dei diritti a lui attribuiti da altre norme dell'ordinamento giuridico.

In un contesto ispirato all'armonizzazione minima ed al rispetto del principio di maggior tutela del consumatore – che costituisce principio informatore della disciplina consumeristica antecedente alla riforma, come chiaramente emerge dall'art. 8, co. 2, dir. 99/44/CE – la norma in analisi svolge una funzione di coordinamento tra i diritti attribuiti al consumatore dalla disciplina consumeristica e quelli di cui egli è già titolare sulla base delle altre norme dell'ordinamento, e si traduce nel riconoscimento dell'ammissibilità di un concorso di rimedi¹⁰.

Il disinteresse dimostrato dal legislatore rispetto al problema del coordinamento tra i rimedi e la conseguente difficoltà, per l'interprete, di risolverlo avvalendosi del solo generalissimo criterio a mente del quale non può negarsi al consumatore quanto consentito ad ogni altro compratore¹¹, in un'ottica di attribuzione di tutela massima alla parte contrattuale svantaggiata, ha indotto parte della dottrina ad ipotizzare che l'art. 135, co. 1, c. cons. consentisse non solo la scelta del rimedio più confacente agli

interessi del consumatore tra quelli disponibili nel panorama dell'ordinamento, ma altresì un concorso cumulativo di rimedi, e cioè la configurazione di strumenti rimediali inediti, *ad hoc* creati attraverso un taglia/incolla di varie discipline, così da scegliere, nella costruzione del rimedio, solo quanto più conveniente per il consumatore/danneggiato¹².

Ammessa, tuttavia, l'esistenza di un principio di "maggior tutela", esso non legittima una manipolazione creativa della disciplina vigente, ma può essere impiegato solo in funzione ermeneutica, cioè al fine di risolvere lacune o potenziali antinomie riscontrabili nella disciplina stessa. In questa prospettiva, esso attribuisce al contraente debole un diritto di scelta, vale a dire la possibilità di invocare, sulla base di ciò che nel caso concreto ritiene più utile, tanto le nuove disposizioni codicistiche, quanto, dismettendo la divisa da consumatore, gli altri strumenti – tra cui quello risarcitorio – che la disciplina preesistente già gli attribuiva, in nessun caso potendo alterare i requisiti previsti per ciascun rimedio dalle norme di riferimento¹³.

Se, però, nella vigenza della disciplina antecedente alla dir. 19/771/UE e al relativo D. Lgs. 4 novembre 2021, n. 170, l'azione di risarcimento del danno si considerava esperibile dal consumatore per mezzo del richiamo all'art. 135, co. 1, c. cons.,

di consumo, Giuffrè, Milano 2010, 431 ss.; BERTELLI, *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771/UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2019, 956 ss.; Si veda, però, VENTURELLI, *Il diritto applicabile nel risarcimento del danno da difetto di conformità*, in *Obbl. contr.*, 2010, 775 ss., il quale ritiene che, da un'analisi più approfondita della disciplina consumeristica, emerga come non vi sia una lacuna normativa tale da rendere necessario il ricorso all'art. 135 c. cons., poiché l'azione risarcitoria trova il suo fondamento, seppure implicito, nell'art. 130, co.1, c. cons., "che introduce già una vera e propria "responsabilità" per difetto di conformità idonea a giustificare il ricorso al rimedio risarcitorio". Per un'attenta analisi dei rapporti tra il primo ed il secondo comma dell'art. 135 c. cons. e delle relative implicazioni, v. ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, ivi, 2007, 880 ss. e VENTURELLI, *Il diritto applicabile*, cit., 768 ss.

⁸ Il richiamo effettuato in motivazione è, infatti, a Cass. 20 gennaio 2020, n. 1082, cit., per la quale "sebbene l'art. 130, comma 2, C. Consumo non annoveri il diritto al risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento, ciò non significa peraltro che il consumatore che abbia ricevuto un bene non conforme al contratto non possa esercitare, nei confronti del professionista, delle pretese risarcitorie: il diritto al risarcimento del danno rientra senz'altro tra i diritti attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico".

⁹ La norma è attuativa dell'art. 8, co. 1, dir. 99/44/CE, ai sensi del quale "l'esercizio dei diritti riconosciuti dalla presente direttiva lascia impregiudicato l'esercizio di altri diritti di cui il consumatore può avvalersi in forza delle norme nazionali relative alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale".

¹⁰ Cfr. FADDA, *op. cit.*, 287 ss.; VENTURELLI, *Commento all'art. 135 cod. consumo*, in *Codice del consumo. Commentario*, cit., 1034 ss.; ID., *Il diritto applicabile*, cit., 771; BERTELLI, *op. cit.*, 966.

¹¹ Registra chiaramente il problema VENTURELLI, *Il diritto applicabile*, cit., 772 ss.

¹² Cfr. LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/CE*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 861 ss.; ID., *Chiose in chiaroscuro in margine al d. lgs. n. 24 del 2002*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, a cura di BIN-LUMINOSO, in *Tratt. Galgano*, XXXI, Cedam, Padova 2003, 115 ss.; FADDA, *Il risarcimento dei danni*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, cit., 443 ss.; LOMBARDI, *op. cit.*, 347 ss.

¹³ Cfr. DE NOVA, *La scelta sistematica del legislatore italiano*, in *L'acquisto di beni di consumo. D. Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24*, a cura di ALPA-DE NOVA, Ipsoa, Milano 2002, 6 ss.; MANIACI, *Art. 1519 nonies. Tutela in base ad altre disposizioni*, ivi, 92 ss.; ZACCARIA-DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 142; VENTURELLI, *Il diritto applicabile*, cit., 772 ss.; BERTELLI, *op. cit.*, 966-967.

con ciò che ne conseguiva in ottica di concorso tra rimedi, lo scenario muta profondamente nel contesto attuale.

L'art. 4 della direttiva 19/771/UE, che ha trovato rigorosa attuazione nell'art. 135-*septies*, co. 2, c. cons., prevede che gli Stati membri non possano mantenere o adottare nel diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle introdotte dalla direttiva, incluse quelle che garantiscano al consumatore un diverso livello di tutela; l'art. 135-*septies*, co. 1, c. cons. espressamente richiama le disposizioni del codice civile in tema di diritto al risarcimento del danno.

Dalle norme citate può desumersi, in primo luogo, che la disciplina innovata persegue, in contrapposizione rispetto a quella previgente, obiettivi di armonizzazione massima, impedendo la derogabilità delle sue disposizioni anche *in melius* e dunque si elegge ad unico livello di protezione del consumatore¹⁴. Naturale conseguenza di tale nuova prospettiva è il superamento della tesi favorevole al concorso elettivo di rimedi¹⁵.

In secondo luogo, e con specifico riferimento al rimedio risarcitorio, l'espresso richiamo effettuato dall'art. 135-*septies*, co. 1, c. cons. consente, da un lato, l'applicazione diretta delle norme del codice civile ad esso dedicate, senza necessità di far ricorso a ragionamenti deduttivi e, dall'altro, impone una lettura della disciplina applicabile all'azione che tenga conto della nuova impostazione adottata dal

legislatore comunitario, e che conseguentemente sia in grado di assicurare, rispettare e non modificare il livello di protezione imposto dalla normativa consumeristica¹⁶.

Da questo profondo mutamento di prospettiva cui si assiste nel passaggio dalla disciplina "vecchia" alla disciplina "nuova", originano rilevanti conseguenze sul piano della collocazione dell'azione risarcitoria nel sistema rimediale gerarchico di cui si è detto e sull'ulteriore piano dei termini prescrizionali e decadenziali da rispettare.

Con riferimento al primo punto, è necessario constatare che, nella vigenza della disciplina precedente alla riforma, la possibilità, riconosciuta al consumatore, di dismettere i suoi panni e vestire quelli del compratore/non consumatore, così sottraendosi alla disciplina consumeristica e avvalendosi di quella codicistica secondo un'ottica di opportunità, gli consentiva di esercitare l'azione risarcitoria cd. sostitutiva – avente cioè ad oggetto la diminuzione del valore del bene o il costo delle riparazioni – in via autonoma e svincolata dal rispetto dell'ordine gerarchico dell'art. 130, co. 2, c. cons.¹⁷, a mente del quale le azioni di risoluzione del contratto e di riduzione del prezzo risultano direttamente esercitabili solo nel caso in cui l'esercizio dell'azione di sostituzione o riparazione del bene non conforme risulti impossibile o eccessivamente oneroso¹⁸. L'ordine gerarchico, infatti, volendo essere coerenti rispetto alla lettura

¹⁴ Cfr. BERTELLI, *op. cit.*, 971 ss.; ADDIS, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo dir. civ.*, 2, 2020, 24 ss.; BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Cedam, Padova 2020, 351 ss.; PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della dir. UE 2019/771*, in *Giur. it.*, 1, 2020, 217 ss.; DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari B-TO-C: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 2, 237 ss.; ID., *Il recepimento della direttiva 2019/771/UE nel diritto italiano. Le opzioni fondamentali del legislatore nazionale. I limiti "soggettivi" ed "oggettivi" posti all'ambito di operatività della nuova disciplina*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, a cura di DE CRISTOFARO, Giappichelli, Torino 2022, 12; AFFERNI, *La responsabilità del venditore per i difetti materiali del bene*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2022, 256 ss.; LUMINOSO, *La vendita*, cit., 578 ss.; MANIACI, *I rapporti fra autonomia privata e disciplina italiana della vendita di beni di consumo dopo il recepimento della direttiva n. 2019/771*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2022, 237 ss.; VENTURELLI, *I rimedi esperibili dal consumatore: il risarcimento del danno e l'exceptio inadimplenti contractus*, in *La nuova disciplina*, cit., 366 ss.

¹⁵ Cfr. BERTELLI, *op. cit.*, 958 ss.; PAGLIANTINI, *op. cit.*, 221 ss.; ADDIS, *Spunti esegetici*, cit., 24 ss.; VENTURELLI, *op. ult. cit.*, 367 ss.

¹⁶ Cfr. BERTELLI, *op. cit.*, 971 ss.; LUMINOSO, *La vendita*, cit., 662 ss.; VENTURELLI, *op. ult. cit.*, 370 ss.

¹⁷ Cfr. FADDA, *La riparazione e la sostituzione*, cit., 301 ss.; BERTELLI, *op. cit.*, 966 ss.; VENTURELLI, *op. ult. cit.*, 374 ss.; *contra* v. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. impr./Europa*, 1, 2001, 122; DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina codicistica dei contratti*, cit., 1327; DI MAJO, *op. cit.*, 13; ZACCARIA- DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 143 ss.; LOMBARDI, *op. cit.*, 435 ss., i quali, nel rispetto del principio gerarchico, escludono la possibilità di esercitare l'azione risarcitoria cd. sostitutiva in tutte le ipotesi in cui è consentito il ricorso ai rimedi manutentivi.

¹⁸ Riflette sull'opportunità della "gerarchizzazione dei rimedi" FOLLIERI, *op. cit.*, 942 ss., il quale osserva come "così ragionando, la protezione accordata al consumatore pare risultare di gran lunga ridimensionata, in quanto a nulla serve elaborare una categoria di difetto onnicomprensiva, cui sia da ricollegare un'ampia morfologia di azioni, [...] se poi il consumatore non è effettivamente libero di optare per la

dell'art. 135, co. 1, c. cons. che si è accolta, opera esclusivamente in relazione all'apparato rimediale descritto dall'art. 130 c. cons., e non invece laddove il consumatore scelga di non avvalersene, agendo in via ordinaria.

Resta inteso che, se l'esperibilità autonoma del risarcimento del danno sostitutivo in luogo dei rimedi manutentivi ha ingenerato non poco dibattito in dottrina, dubbi non si sono mai posti circa la possibilità di esercitare l'azione ogniqualvolta il ricorso ai rimedi cd. primari siano impossibili o eccessivamente onerosi, come è stato accertato nel caso analizzato dalla corte bolognese¹⁹. L'art. 130, co. 7, c. cons., infatti, consente espressamente il

soluzione che arrechi il pieno soddisfacimento di quello che è il suo interesse".

¹⁹ Nell'accordare la richiesta risarcitoria i giudici della Corte d'Appello di Bologna richiamano Cass., 20 gennaio 2020, n. 1082, *cit.*, nella parte in cui essa precisa come "la facoltà di esercitare l'azione di risarcimento del danno senza chiedere né la risoluzione del contratto né la riduzione del prezzo non può essere negata al consumatore quando ricorra una delle situazioni di cui all'art. 130 cod. consumo, comma 7, che contempla in primo luogo proprio la situazione che la riparazione o la sostituzione siano impossibili o eccessivamente onerose". In particolare, nel caso richiamato, costituiva motivo di ricorso la circostanza per cui i giudici di merito avevano ritenuto che, dall'accertamento dell'eccessiva onerosità della sostituzione del bene non conforme (nel caso di specie travi di legno), discendesse l'impossibilità di risarcire il danno in misura pari all'equivalente in denaro della sostituzione stessa. La Corte di legittimità, nell'accoglimento del motivo, ha ritenuto che la circostanza per la quale l'art. 130 cod. cons. limiti il rimedio della riparazione/sostituzione al requisito della sua non eccessiva onerosità, non possa avere ripercussioni sulla determinazione del risarcimento del danno che, per mezzo del rinvio operato dall'art. 135 cod. cons, seguirà le regole del codice civile, le quali certamente non prevedono alcuna limitazione in merito ad un'eventuale eccessiva onerosità. Rileva, però, le criticità delle conclusioni della Corte PELLEGRINI, *op. cit.*, che, analizzando la nuova direttiva, nota come "l'art. 13, par. 3, dir. 2019/771 dispone che il venditore può rifiutarsi di rendere conformi i beni [...] se i costi che il venditore dovrebbe sostenere sono sproporzionati, ebbene, se tali costi sproporzionati potessero rientrare come risarcimento dalla finestra dell'art. 3, par. 6, dir. 2019/771, il bizzarro risultato sarebbe: il venditore può rifiutarsi di sostenere costi che poi sarà comunque costretto ad affrontare".

²⁰ Cfr. LUMINOSO, *La vendita*, *cit.*, 666; FADDA, *La riparazione e la sostituzione*, *cit.*, 302 ss., la quale osserva, però, che nel caso in cui i rimedi primari siano esclusi in quanto eccessivamente onerosi, "appare più difficile ammettere il risarcimento del danno come rimedio alternativo alla risoluzione e alla riduzione del prezzo. L'eccessiva onerosità accertata in relazione a detti rimedi dovrebbe estendersi anche al risarcimento del danno che, verosimilmente, ammonterà a quanto necessario per riparare o sostituire il bene difettoso".

²¹ Cfr. BERTELLI, *op. cit.*, 958-959, la quale nota come la principale problematica posta dall'armonizzazione minima

ricorso diretto ai rimedi cd. secondari in ipotesi di impossibilità o eccessiva onerosità di quelli primari, ed è altresì pacifico che in questa ipotesi la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo possano concorrere con il risarcimento del danno²⁰.

A fronte della disciplina oggi in vigore, tuttavia, le considerazioni appaiono diverse. Per garantire un uniforme livello di protezione, il consumatore non potrà più rinunciare alla sua qualifica soggettiva²¹, né quindi in alcun modo sottrarsi alla rigorosa gerarchia dei rimedi consumeristici²².

Il ricorso all'azione risarcitoria sarà oggi consentito solo in funzione accessoria (e non sostitutiva) rispetto ai rimedi manutentivi, e cioè per

della dir. 99/44/CE, sia stata la difformità con la quale i diversi stati membri hanno recepito le disposizioni in tema di organizzazione gerarchica dei rimedi. In assenza di una armonizzazione della gerarchia rimediale, infatti, "le vendite transfrontaliere sono state disincentivate dalla difformità tra i regimi nazionali, fino al punto di ostacolare la stessa effettività della tutela consumeristica, sicché solo l'introduzione di un *corpus* normativo che garantisca un livello di tutela uniforme può realmente rafforzare la posizione del consumatore e così contribuire alla realizzazione del mercato unico". Per questo motivo, essa aggiunge, il principio di armonizzazione massima, proprio della dir. 2019/771/UE, mira "ad intervenire sulla gerarchizzazione dei rimedi per i difetti di conformità, così da escludere che il consumatore possa richiamare altri diritti che, sovrapponendosi a quelli previsti dalla regolamentazione comunitaria, gli permettano di eludere la sequenza gerarchica in essa analiticamente prevista".

²² Che la riforma comunitaria, in uno con il principio di armonizzazione massima, non consenta più il ricorso al cumulo di rimedi, è affermato ed argomentato con chiarezza da VENTURELLI, *op. ult. cit.*, 374 ss. L'autore, infatti, sviluppa la sua riflessione a partire dall'art. 3, ult. comma, dir. 19/771/UE, il quale introduceva la possibilità per gli Stati membri di consentire ai consumatori di scegliere un rimedio specifico se la non conformità del bene si manifesti entro e non oltre 30 giorni dalla consegna. Poiché, infatti, la norma è direttamente applicabile al rimedio risarcitorio, come può desumersi dal mancato riferimento agli artt. 13-16 della direttiva e ai rimedi in essi regolati, e poiché non trovava alcuna corrispondenza nel precedente testo comunitario, egli giunge alla conclusione per cui "la previsione non trovava alcuna corrispondenza nella direttiva 99/44/CE, che non aveva bisogno di una disposizione simile perché, più semplicemente, ammetteva il concorso elettivo e dunque lasciava al consumatore - nei limiti stabiliti dalla normativa di recepimento - la più assoluta libertà di scegliere quali rimedi esercitare in forma autonoma, previa rinuncia alla stessa qualifica consumeristica". Ragionando, dunque, *a contrario*, deve ritenersi che se, per il legislatore comunitario, il consumatore è libero di scegliere il rimedio più conveniente nel solo caso in cui il difetto si manifesti entro 30 giorni dalla consegna - disposizione che non è poi stata adottata dal nostro legislatore - allora, in tutti gli altri casi, il cumulo di rimedi è certamente escluso.

il ristoro dei soli danni persistenti o del danno da ritardo, residuando una funziona sostitutiva unicamente in caso di impossibilità o di legittimo rifiuto dei rimedi primari: ipotesi in cui l'azione sarà esperibile tanto da sola quanto in cumulo con la richiesta di riduzione del prezzo o di risoluzione del contratto²³.

La riforma legislativa in esame si riflette altresì sulla individuazione della disciplina da applicare al rimedio risarcitorio²⁴.

Nel vigore della direttiva 1999/44/CE il dibattito²⁵ ha visto contrapposti, da un lato, coloro che optavano per il ricorso alla disciplina codicistica della garanzia per i vizi materiali nella vendita, e cioè

per il rispetto dei termini prescrizionali e di denuncia previsti dall'art. 1495 c.c.²⁶, dall'altro, gli autori che ritenevano necessario sottrarre il rimedio a tale ambito di operatività e, ravvisando nella garanzia di conformità una responsabilità per l'inadempimento dell'obbligazione di consegnare beni conformi, si dimostravano favorevoli all'applicazione dell'art. 1218 c.c. e dei relativi termini²⁷.

Una terza posizione, infine, riteneva opportuna e coerente con il principio di "maggiore tutela del consumatore" l'applicazione analogica della disciplina dettata dall'art. 132 c. cons. per gli altri rimedi consumeristici²⁸.

²³ Cfr. BARENGHI, *op. cit.*, 355 ss.; VENTURELLI, *op. ult. cit.*, 376 ss.

²⁴ Cfr. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari*, cit., 233 ss., il quale sottolineava l'importanza dell'individuazione di una linea chiara, quantomeno da parte del Governo, nel recepire la direttiva del 2019, facendo riferimento, tra le altre cose, alla durata e al *dies a quo* del termine prescrizione ed all'eventuale assoggettamento anche della pretesa risarcitoria all'onere di effettuare la denuncia a pena di decadenza. Rileva la scarsa attenzione del legislatore nel recepire la direttiva anche MANIACI, *I rapporti tra autonomia privata e disciplina italiana*, cit., 241. Con specifico riferimento al contenuto della prova liberatoria che il venditore/professionista ha l'onere di fornire per sottrarsi alla pretesa risarcitoria fatta valere nei suoi confronti dal consumatore, si veda, tra gli altri, FOLLIERI, *op. cit.*, 939 ss., il quale nota come "qualora si propenda per un'integrazione delle lacune della disciplina di origine comunitaria attraverso le norme in tema di garanzia dei singoli tipi contrattuali, il contenuto della prova corrisponderà a quanto appositamente dettato nelle disposizioni del c.c. [...] in caso contrario dovrebbero utilizzarsi i principi generali previsti in materia di inadempimento dell'obbligazione. Tale questione, però, potrebbe anche non trovare una soluzione nei termini anzidetti, [...] infatti, il sistema dei rimedi apprestati dall'art. 130 c. cons. prescinde dall'imputabilità al debitore del difetto di conformità". Sulla medesima questione e negli stessi termini si veda anche DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di GABRIELLI-MINERVINI, in *Tratt. dei contr.*, diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, UTET, Torino 2005, 1051 ss.

²⁵ Sebbene non sia questa la sede per un approfondimento, è necessario ricordare che il problema che si intende analizzare costituisce rilevante implicazione pratica dell'ormai ventennale *querelle* dottrinale (definita "guerra di religione" da ADDIS, *Spunti esegetici*, cit., 15) che vede in contrapposizione coloro i quali ravvisano nella garanzia di conformità prescritta dal codice del consumo una responsabilità per inadempimento dell'obbligazione di consegnare beni conformi (v. DI MAJO, *op. cit.*, 13 ss.; LUMINOSO, *Profili applicativi*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, cit., 453 ss.; ID., *La vendita*, cit., 613 ss.; RICCI, *Commento all'art. 1519-sexies*, in *Commentario sulla vendita di beni di consumo*, a cura di PATTI, Giuffrè, Milano 2004, 334 ss.; VENTURELLI, *Il diritto applicabile*, cit., 775; AFFERNI, *op. cit.*, 231 ss.) con gli studiosi che costruiscono

la garanzia europea come garanzia pura (v. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 530 ss.; CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, ivi, 2004, 978 ss.; PIRAINO, *La violazione della vendita di beni al consumatore per difetto di conformità: i presupposti della c.d. responsabilità del venditore e la distribuzione degli oneri probatori*, in *La nuova disciplina della vendita*, cit., 141 ss.). Appare infatti evidente che l'individuazione della disciplina applicabile all'azione risarcitoria logicamente discende dalla natura giuridica che si attribuisce alla "responsabilità" del venditore per i difetti di conformità del bene esistenti al momento della consegna (di cui all'art. 130 c. cons. nella sua versione *ante-riforma* e, con dicitura immutata, all'art. 133 c. cons. *post-riforma*).

²⁶ Cfr. HAZAN, *Attuata la direttiva 99/44/CE: si rafforza la tutela del consumatore*, in *Contr.*, 2002, I, 404 ss.; BOCCHINI, *op. cit.*, 475 ss.; LOMBARDI, *op. cit.*, 441, il quale ritiene che "sembra assicurare una maggiore coerenza sistemica l'applicazione della disciplina di cui all'art. 1494 c.c., chè, per un verso, consente di evitare richiami analogici al diritto al risarcimento dei danni del consumatore della disciplina dei termini dettata dall'art. 132 c. cons. per colmare la lacuna derivante dalla mancata regolamentazione del rimedio risarcitorio nella vendita dei beni di consumo, e, per l'altro, appare maggiormente in linea con la natura stessa della normativa di cui agli artt. 128 e seguenti, quale variante della disciplina generale alla quale occorre fare continuo riferimento"; VENTURELLI, *op. ult. cit.*, 774-775, il quale conclude per il ricorso alla disciplina prescritta dall'art. 1495 c.c. laddove il consumatore decidesse di agire come comunque acquirente e quindi di invocare le disposizioni del codice civile; Trib. Bolzano, 26 maggio 2010, in *Giur.it.*, 2010, 2334, con nota di A. REINSTADLER, *Brevi spunti di riflessione sui termini di decadenza e prescrizione dell'azione di risarcimento nella vendita di beni di consumo*; Cass. 30 maggio 2019, n. 14775, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Vendita*, n. 67; BOCCHINI, *op. cit.*, 475 ss.; MANIACI, *Art. 1519-nonies*, cit., 105.

²⁷ Cfr. FADDA, *La riparazione e la sostituzione*, cit., 300 ss.; BERTELLI, *op. cit.*, 970 ss.; LUMINOSO, *La vendita*, cit., 664 ss.; ID., *Profili applicativi*, cit., 453 ss.

²⁸ Cfr. RUSCELLO, *op. cit.*, 843 ss.; DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina codicistica dei contratti*, cit., 1327; FADDA, *Il risarcimento dei danni*, cit., 453 ss., la quale sostiene come questa soluzione "sembra preferibile per garantire una

Venendo ad oggi, e ricordando il mutamento di prospettiva a cui si è assistito nel passaggio alla nuova disciplina riformata, il dibattito inerente alle norme applicabili al rimedio risarcitorio sembra perdere la sua attualità: l'espresso riconoscimento del rimedio risarcitorio all'art. 135-*septies* c. cons., in uno con l'obiettivo - proprio della riforma - di garantire al consumatore il livello di protezione ivi individuato, ed esso solo, conduce agevolmente a concludere per la diretta applicabilità, anche al rimedio risarcitorio, della disciplina prescritta dagli artt. 133 e 135 c. cons., in ordine ai termini di esercizio dell'azione e alla ripartizione dell'onere probatorio²⁹, senza più necessità di richiami analogici o di riferimenti esterni³⁰.

5. LA PRESUNZIONE DI PREESISTENZA DEL DIFETTO DI CONFORMITÀ

Dopo aver chiarito la sussistenza dei presupposti per l'esperimento - e l'accoglimento - dell'azione risarcitoria da parte del consumatore/attore, i giudici della Corte d'Appello di Bologna hanno osservato come, nel caso concreto³¹, fosse operante il disposto dell'art. 132, co. 3, c. cons., a mente del quale quando il difetto di conformità si manifesta entro il termine di sei

mesi dalla consegna del bene, si presume che esso esistesse già a tale data, gravando, così, sul venditore, l'onere di dimostrare che il bene fosse conforme al contratto al momento della consegna.

Il menzionato art. 132, co. 3, c. cons., che riprendeva pedissequamente quanto disposto dall'art. 5, par. 3, dir. 99/44/CE, è oggi stato sostituito dall'art. 135 c. cons., a sua volta attuativo dell'art. 11, par. 1, dir. 19/771/UE, che si pone in continuazione con la norma che sostituisce, con l'unica differenza di estendere la durata della cd. presunzione di preesistenza del difetto da sei mesi ad un anno.

La presunzione legale in esame ha, ora come allora, carattere relativo, potendo infatti essere superata dal venditore, attraverso la prova della conformità del bene al momento della consegna o la più generica dimostrazione della sua incompatibilità con la natura del bene o del difetto di conformità³².

Secondo un consolidato orientamento, l'introduzione della presunzione trae legittimazione dal fatto che è più agevole per il venditore dimostrare che il bene sia conforme al contratto al momento della consegna, piuttosto che dimostrare da parte del consumatore l'esistenza del difetto³³.

ricostruzione armonica del sistema della garanzia nelle vendite al consumatore e per assoggettare anche in queste vendite tutti i rimedi della garanzia alla stessa disciplina dei termini"; VENTURELLI, *op. ult. cit.*, 775, il quale conclude per l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 132 c. cons. ogniqualevolta il consumatore decida di agire come tale, poiché, in quel caso, "decisiva importanza deve essere attribuita alla formulazione letterale dell'art. 130, co.1, c. cons., che introduce già una vera e propria responsabilità per difetto di conformità idonea a giustificare il ricorso al rimedio risarcitorio".

²⁹ La nuova disciplina mantiene immutato il termine prescrizione di ventisei mesi dalla consegna del bene per l'esercizio delle azioni dirette a far valere i difetti di conformità che si manifestino entro due anni da tale momento; non prevede più alcun onere di denuncia o comunicazione al professionista del difetto di conformità, che nella disciplina previgente era fissato in due mesi dalla data della scoperta del difetto. Dal punto di vista probatorio, individua - come la disciplina ora abrogata - una responsabilità del venditore basata sul presupposto oggettivo della sussistenza del difetto al momento della consegna del bene (v. LUMINOSO, *La vendita*, cit., 627 ss., il quale ritiene che più corretto di definire la responsabilità come oggettiva o assoluta, sia affermare che "i rimedi in esame hanno un fondamento oggettivo, richiedono cioè la pura esistenza del difetto di conformità al momento della consegna, o se si preferisce l'inesatta esecuzione dell'obbligazione di consegnare un bene conforme al contratto").

³⁰ Cfr. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, 667; MANIACI, *I rapporti tra autonomia privata e disciplina italiana della vendita*, cit., 245 ss.; VENTURELLI, *I rimedi esperibili dal consumatore*, cit., 376 ss.

³¹ Nel caso in commento, infatti, il difetto di funzionamento al motore dell'autovettura lamentato dal consumatore si è verificato appena 5 giorni dopo rispetto al momento della consegna, così ampiamente rientrando nel termine di sei mesi previsto dalla norma.

³² Circa l'individuazione delle ipotesi in cui la presunzione non opera, cfr. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto*, cit., 244; MARICONDA, "Conformità al contratto" dei beni di consumo e onere della prova, in *Corr. giur.*, 8, 2002, 1105 ss.; RICCI, *op. cit.*, 335 ss.; FACCIOI, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (Dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1, 2020, 272 ss., il quale afferma che "si riscontra l'incompatibilità della presunzione con la natura del bene quando la cosa è sottoposta a breve scadenza o è facilmente deperibile, ma non necessariamente per il semplice fatto che si tratti di un bene usato (...) mentre l'incompatibilità con la natura del difetto ricorre quando quest'ultimo è tale da dover essere ragionevolmente ricondotto ad una causa esterna (quale, ad esempio, il comportamento del consumatore stesso o di un terzo) oppure si identifica con quei lievi deterioramenti che sono conseguenza inevitabile del normale utilizzo del bene".

³³ Cfr. FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, in *Contr. impr./Europa*, 2000, 431; RICCI, *op. cit.*, 10

Non mancano, però, le opinioni contrarie³⁴, le quali evidenziano che il regime probatorio in esame s'ispira, piuttosto, alla protezione del contraente “debole”, visto che il venditore è gravato di un onere probatorio “a dir poco proibitivo”³⁵, dovendo riuscire a dimostrare che il difetto di un bene – che non è più nella sua sfera di controllo – dipenda da un caso fortuito o ancora da una condotta negligente del consumatore.

Opinioni contrastanti si sono inoltre registrate circa la lunghezza del termine di operatività della presunzione: per qualcuno³⁶, infatti, il termine di sei mesi dalla consegna del prodotto, fissato dalla vecchia normativa, appariva troppo breve e quindi scarsamente protettivo della posizione del consumatore; per altri, invece, esso rappresentava una soluzione equilibrata, un perfetto bilanciamento tra gli interessi del venditore e quelli del consumatore, ora venuto meno a seguito dell'estensione ad un anno³⁷. Altri ancora, poi, avevano guardato con favore alla possibilità – introdotta dall'art. 11, par. 2, dir. 19/771/UE e alla quale non ha dato seguito il legislatore interno – di

estendere il termine di operatività della presunzione a due anni, così allineandolo con la durata della responsabilità del venditore³⁸.

Venendo, ora, alla ricostruzione del regime probatorio che si delinea nel caso in cui il difetto si manifesti entro il termine di operatività della presunzione, è necessario precisare che essa consente di esonerare il consumatore dalla prova della presenza del vizio al momento della consegna, mentre resta fermo che egli sia tenuto a fornire la prova dell'esistenza del difetto al momento in cui viene avanzata la pretesa rimediabile e del suo manifestarsi entro il termine biennale di durata della responsabilità del venditore³⁹.

Solo una volta assolto tale onere opererà l'inversione introdotta dalla norma, e sarà quindi compito del venditore che voglia andare esente da responsabilità dimostrare che al momento della consegna il bene era pienamente conforme al contratto e che, quindi, il difetto sia sopravvenuto per una causa a lui non imputabile.

Sebbene la giurisprudenza prevalente, a partire dal notissimo caso *Faber*⁴⁰ deciso dalla Corte di

335; FACCIOLI, *op. cit.*, 272 ss.; ID., *La durata della responsabilità del venditore e la prescrizione dei diritti del consumatore*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare*, cit., 405; PAGLIANTINI, *op. cit.*, 223 ss.

³⁴ Cfr. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto*, cit., 245 ss., il quale nota come “la regola così stabilita contrasta con il criterio di distribuzione dell'onere della prova tradizionalmente adottato dagli ordinamenti europei, i quali impongono all'acquirente la dimostrazione dell'esistenza del difetto nel momento del passaggio del rischio, muovendo dall'assunto che l'accettazione senza riserve della merce depone a favore dell'esattezza della prestazione, onde è giusto far gravare sul compratore l'onere della prova, una volta che il bene sia entrato nella sua sfera di controllo”. L'autore, infatti, definisce la constatazione del legislatore europeo per la quale sia in genere più facile per il venditore dimostrare l'assenza del difetto al momento della consegna del bene, una “petizione di principio”, ma allo stesso tempo non condivide le valutazioni di chi sostiene che l'inversione dell'onere della prova alimenti il rischio che i consumatori “sommengano” i venditori di richieste pretestuose, poiché ritiene che le limitazioni che la stessa norma introduce potrebbero, se correttamente interpretate, condurre ad un “equo bilanciamento”;

³⁵ L'espressione è di DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.* 245.

³⁶ Cfr. FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE*, cit., 431; MACARIO, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. impr./Europa*, 2001, 150.

³⁷ Cfr. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 223, il quale afferma che “se il termine breve di 6 mesi si fondava sulla precomprensione di un'inerenza del difetto al processo produttivo e non all'usura del bene, un termine di un anno, [...] diviene espressione di un

diritto premiale, [...] una norma di favore che al tempo stesso penalizza il venditore [...]”.

³⁸ Cfr. FACCIOLI, *La nuova disciplina europea della vendita*, cit., 275, il quale ritiene che “una scelta siffatta [...] si porrebbe senz'altro in linea con l'obiettivo di aumentare il livello di protezione dei consumatori rispetto alla dir. (CE) 1999/44 [...]”. Né essa dovrebbe comportare un eccessivo aggravio della posizione del venditore, perché se da un lato è vero che per quest'ultimo può non essere sempre così facile fornire la prova contraria, dall'altro la presunzione incontra i limiti costituiti dall'incompatibilità con la natura del bene o la natura del difetto, nozioni ampie e generiche che paiono in grado di realizzare, se correttamente interpretate, un equo contemperamento degli interessi delle parti”. Egli riflette, però, anche sui vantaggi ai quali, accogliendo tale possibilità, si dovrebbe rinunciare. Avere una presunzione di durata inferiore rispetto alla garanzia, infatti, garantirebbe il raggiungimento di due obiettivi: “*in primis*, sollecitare il consumatore ad un comportamento virtuoso, consistente nel verificare la conformità del bene al contratto in tempi più rapidi di quelli astrattamente consentiti dalla garanzia [...]”; in secondo luogo, rendere più accettabile per gli Stati membri il fatto che la garanzia europea sui beni di consumo abbia una durata maggiore di quella prevista dalle normative domestiche tradizionalmente applicate ai professionisti operanti nel proprio territorio [...]”; ID., *La durata della responsabilità del venditore*, cit., 405-406; nello stesso senso sembra orientarsi DE CRISTOFARO, *Il recepimento della direttiva 2019/771/UE*, cit., 15.

³⁹ Cfr. FACCIOLI, *op. ult. cit.*, 273; ID., *La durata della responsabilità del venditore*, cit., 404.

⁴⁰ Corte. giust. UE 4 giugno 2015, causa C-497/13, *Faber*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2016, 5 ss., con nota di PATTI, *Tutela*

Giustizia nel 2015, abbia così ripartito l'onere probatorio tra il consumatore e il venditore, correttamente leggendo la presunzione nel senso anzidetto⁴¹, non sono mancate pronunce contrarie, le quali hanno invece ritenuto che il consumatore abbia solo l'onere di allegare l'esistenza del difetto, addossando la relativa prova al venditore⁴².

È proprio nel senso della sufficiente allegazione che si è pronunciata - come si è anticipato - la Corte d'Appello nel caso che qui si commenta, ritenendo che il consumatore debba limitarsi ad allegare la sussistenza del vizio, gravando così il venditore dell'onere di provarlo.

Si ritiene che questa conclusione, propria di un indirizzo giurisprudenziale ormai superato, sia errata e vada censurata, poiché derivante da una non corretta interpretazione della presunzione, la quale si riferisce solo al momento di manifestazione del difetto di conformità e non anche alla sussistenza dello stesso⁴³.

Venendo, ora, all'ipotesi in cui il difetto si manifesti oltre il periodo di operatività della presunzione, è necessario soffermarsi, anche qui, sul regime probatorio applicabile, che rappresenta ancora oggi questione controversa.

Secondo un primo orientamento - che si condivide - spetterà al consumatore provare l'esistenza del difetto al momento della consegna una volta decorsi sei mesi dalla stessa, conformemente ai principi generali in tema di onere della prova e sulla base di una lettura *a contrario* della norma introduttiva della presunzione. Se così non fosse, infatti, si scoprirebbe privo di senso l'esonero accordato dal legislatore al consumatore per i primi sei mesi dalla consegna⁴⁴.

A questa tesi, però, si contrappone quella di chi, partendo dall'idea secondo la quale la consegna del bene non conforme rappresenti inadempimento di un'obbligazione, ritiene che il consumatore sarebbe in realtà sempre esonerato dall'onere di provare la presenza del difetto al momento della consegna, potendo quindi - coerentemente con il regime probatorio elaborato dalle note Sezioni Unite del 2001⁴⁵ - limitarsi ad allegare tale circostanza anche laddove il difetto si manifesti dopo i sei mesi.

Oltre alle critiche che possono muoversi avverso tale ultimo orientamento, e segnatamente di aver esteso alle ipotesi di inesatto adempimento quanto affermato per i casi di inadempimento⁴⁶, nel tentativo di individuare un regime omogeneo per

effettiva del consumatore nella vendita: il caso "Faber"; in Contr., 2015, 1077, con nota di AZZARRI, *Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo*, ove si afferma che per poter usufruire dell'alleggerimento dell'onere probatorio, il consumatore sia tenuto a dimostrare l'esistenza del difetto, ma non la causa di quest'ultimo né che la sua origine sia imputabile al venditore.

⁴¹ Cfr. Cass. 7 febbraio 2022, n. 3695, in *Foro it.*, 2022, 1753; Cass. 4 luglio 2022, n. 21084, in *Dejure*; Cass. 15 settembre 2022, n. 27177, in *Dejure*; Cass. 17 ottobre 2023, n. 28827, in *Dejure*.

⁴² Cfr. Cass. 30 giugno 2020, n. 13148, *cit.*; Cass. 27 settembre 2021, n. 26158, in *Dejure*.

⁴³ Nel caso in esame i giudici della Corte d'Appello richiamano Cass. 30 giugno 2020, n. 13148, *cit.*, la quale, a sua volta, richiama il regime probatorio individuato da Corte giust. UE 4 giugno 2015, causa C-497/13, *Faber*, *cit.*, mal interpretandolo. La Corte di Giustizia, infatti, nella pronuncia citata, si occupa dapprima del contenuto della denuncia del difetto, affermando che in questa fase non si può esigere che il consumatore provi l'esistenza del difetto ma è sufficiente che egli lo allegghi, fornendo al venditore una serie di indicazioni, e, successivamente, si occupa della diversa questione della ripartizione dell'onere probatorio in caso di difetto manifestatosi in sei mesi dalla consegna, affermando che spetta al consumatore provarne la sua esistenza attuale. Tanto la pronuncia della Cassazione richiamata, quanto quella in commento, sovrappongono e confondono i due momenti, individuati e tenuti ben distinti dalla Corte di Giustizia,

concludendo, erroneamente, per la sufficienza dell'allegazione del difetto ai fini dell'operatività della presunzione.

⁴⁴ Cfr. MARICONDA, *op. cit.*, 1106; CALVO, *Il difetto di conformità*, in *Garanzie nella vendita dei beni di consumo*, *cit.*, 177; RICCI, *op. cit.*, 334 ss., che considera la sussistenza del difetto al momento della consegna un elemento costitutivo della fattispecie dell'inesatto adempimento del venditore, che deve essere dunque provato dal compratore anche laddove si ritenga che la consegna del bene difforme costituisca inadempimento dell'obbligazione. Accedendo a questa interpretazione, sostiene l'autore, la regola introdotta dall'art. 132, co. 3, c. cons. non è una regola inutile, poiché introduce un'inversione valevole solo per i primi sei mesi dalla consegna; AFFERNI, *op. cit.*, 210-211; FACCIOI, *La nuova disciplina europea della vendita*, *cit.*, 274 ss.; Trib. Padova 9 gennaio 2015, in *Dejure*; Trib. Roma 22 febbraio 2016, n. 3583, in *Dejure*.

⁴⁵ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769. Aderiscono a questa impostazione, tra gli altri, ZACCARIA - DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 119 ss.; PATTI, *op. cit.*, 15, il quale afferma: "non può negarsi che l'interpretazione proposta vanifica l'obiettivo della direttiva di sollecitare un comportamento virtuoso del consumatore a prestare la propria opera al fine di definire in maniera rapida la sorte dell'operazione. [...] Tuttavia, posto che la direttiva prevede un livello di armonizzazione minimo, lasciando agli Stati membri il diritto di riconoscere al consumatore strumenti di tutela più efficaci rispetto a quelli contenuti nella stessa direttiva, il procedimento ermeneutico sembra corretto".

⁴⁶ Cfr. FACCIOI, *La durata della responsabilità del venditore*, *cit.*, 407, nota 84, il quale critica la sentenza "in particolare per

due ipotesi diverse, l'indirizzo di cui si è detto non può più trovare seguito dopo che le Sezioni Unite, nel 2019, hanno modificato il loro orientamento, chiarendo che è l'acquirente a dover provare i vizi della cosa acquistata con un contratto di vendita disciplinato dalle norme del codice civile e che la medesima disciplina debba valere per le vendite consumeristiche⁴⁷.

Se così non fosse, infatti, non vi sarebbe modo di spiegarsi il perché il legislatore abbia introdotto una regola che esonera, per un certo periodo di tempo, il consumatore dalla prova dell'esistenza del difetto al momento della consegna.

avere esteso la soluzione originariamente delineata per il mancato adempimento all'ipotesi - nella quale rientra la consegna di un bene difettoso - dell'inesatto adempimento senza, però, avvedersi che, quando il creditore lamenta la cattiva esecuzione della prestazione, da un lato non può ritenersi operare il c.d. principio di presunzione di persistenza del diritto che ben appare adattarsi alle (sole) ipotesi di mancato adempimento, e dall'altro lato il principio di vicinanza della prova dovrebbe condurre ad addossare sul creditore l'onere di provare di avere ricevuto una prestazione inesatta, anziché a gravare il debitore dell'onere di dare la prova di avere esattamente adempiuto”.

⁴⁷ Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Corr. giur.*, 2019, 6, 744 ss., con nota di VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, che afferma come “solo eliminando qualunque contenuto effettivo dell'art. 132, comma 3, si può

concludere che la presunzione e la regola ordinaria determinino il medesimo risultato; ma se si vuole lasciare un senso alla disposizione, si deve concludere che la regola ordinaria operante dopo il primo semestre e non rovesciata dalla presunzione sia quella che fa incombere sul compratore l'onere di provare di avere ricevuto un bene difettoso”. In senso conforme rispetto alle conclusioni delle Sezioni Unite v. DALLA MASSARA, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*, in *Contr.*, 2019, 378 ss.; REGAZZONI, *Le Sezioni Unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1055 ss.; *contra* v. PIRAINO, *La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1134 ss.