

## Argomento 4

### **TRACCIA**

**La consegna nei contratti reali e nei contratti consensuali, con riferimenti anche alla distribuzione del rischio contrattuale nei contratti che trasferiscono il diritto di proprietà.**

#### A. Schema per punti

1. Modelli contrattuali: rinvio. 2. Contratti reali e contratti consensuali. 3. Consegna e contratti reali: natura della consegna. 3.1. Autonomia negoziale procedimentale e contratti reali e giustificazione della realtà. 4. Consegna e contratti consensuali: rischio contrattuale “res perit domino”. 4.1. Autonomia negoziale e deroga alla “teoria della proprietà”. 4.2. Contratti dei consumatori e obbligo di consegna. 4.3. Vendita di beni di consumo, difetto di conformità e obbligo di consegna: rinvio.

**Nota.** Per lo schema di sviluppo della traccia si rinvia alla lezione.

#### B. Giurisprudenza

1. Contratto di vendita e rilevanza della consegna: **Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2018, n. 7171.**

Massima:

Il venditore deve trasferire al compratore non soltanto la proprietà ed il possesso giuridico, ma anche il possesso reale o di fatto del bene venduto, essendo la consegna dello stesso l'atto con cui il compratore è posto nella condizione non solo di disporre materialmente della cosa trasferita nella sua proprietà, ma anche di goderla secondo la funzione e destinazione in considerazione della quale l'ha comprata. Ne consegue che costituisce obbligo del venditore, tenuto ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, adoperarsi fattivamente perché l'acquirente ottenga la materiale consegna del bene compravenduto. (Nella specie le parti avevano stipulato due contratti collegati ma autonomi: un preliminare di compravendita di un compendio immobiliare e una compravendita di arredi e infrastrutture presenti nell'immobile, sicché venuto meno il preliminare, l'acquirente non poteva, senza la collaborazione e l'eventuale autorizzazione della parte venditrice, procedere all'asportazione dell'impianto di riscaldamento acquistato).

1.1. *Segue:* **Cass. civ., sez. II, 18 novembre 2016, n. 23521.**

Massima:

Quando la consegna della merce sia successiva alla conclusione del contratto, la facile riconoscibilità dei vizi della cosa venduta deve essere verificata con riferimento non al momento della conclusione del contratto, bensì a quello in cui il compratore abbia ricevuto la merce, in questo momento soltanto potendo egli esaminare lo stato in cui essa si trova.

2. Caparra confirmatoria e rilevanza della consegna: **Cass. civ., sez. VI, 27 luglio 2021, n. 21506.**

*Omissis.*

*Il patto con cui si stabilisca la corresponsione di quantità determinata di cose fungibili, per il caso dell'inadempimento delle obbligazioni nascenti da un diverso negozio ad esso collegato (cd. contratto principale), allo scopo di rafforzarne il vincolo, ha natura reale e, come tale, è improduttivo di effetti giuridici, ove non si perfezioni con la consegna di tali cose; ciò, tuttavia, non esclude che le parti, si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

*nell'ambito della loro autonomia negoziale, possano differire la dazione della caparra, in tutto o in parte, ad un momento successivo alla conclusione del contratto, come previsto dall'art. 1385, comma 1 c.c., purché anteriore alla scadenza delle obbligazioni pattuite, mentre non è consentito escludere la natura reale del patto accessorio, attribuendo all'obbligazione della prestazione della caparra gli effetti che l'art. 1385, comma 2 c.c. ricollega, al contrario, alla sua consegna.*  
*Omissis.*

**3. Limiti dell'autonomia privata in materia di contratti reali. Ammissibilità dell'alleggerimento procedimentale mediante l'eliminazione della consegna (cd. contratto consensuale atipico) e inammissibilità dell'aggravamento procedimentale mediante l'aggiunta della consegna quale elemento costitutivo: Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 1996, n. 611.**

*Omissis.*

*se è possibile nelle ipotesi di previsione legale di un contratto reale, che le parti adottino in sostituzione di questo un corrispondente contratto consensuale atipico, **non è invece ammissibile che le parti derogino al meccanismo regolatore della consensualità**, previsto dalla legge quale “vera e propria via maestra nella produzione degli effetti giuridici”, creando un modello reale atipico.*

*Omissis.*

## **C. Dottrina**

**1. Il passaggio del rischio nei contratti a distanza tra normativa interna e normativa comunitaria di E. Tamburrano in *Contratto e Impr.*, 2018, 2, 922.**

SOMMARIO: 1. Il sistema di diritto interno: il principio consensualistico e la regola «*res perit domino*». - 2. La vendita di beni di consumo nella normativa comunitaria e nel codice del consumo prima della dir. 2011/83/UE. In particolare i contratti a distanza. - 3. La dir. 2011/83/UE e la normativa di attuazione. La consegna dei beni ed il passaggio del rischio.

1. - Vige nel nostro ordinamento un principio generale in tema di conclusione del contratto e trasferimento della proprietà, dal quale discende anche la differenziazione fra tipologie contrattuali. Esso è espresso nell'art. 1376 c.c., norma che accoglie il c.d. «principio **consensualistico**», **in virtù del quale la stessa manifestazione** di volontà che costituisce il negozio causale è sufficiente non solo per far nascere l'obbligazione, ma anche per trasferire o costituire diritti in capo ad altri. (Pur se in taluni contratti si prospetta ancora una certa incidenza della tradizionale distinzione, operata dalle fonti romane, fra *titulus* e *modus acquirendi*)<sup>(1)</sup>. Il consenso, **anche senza la consegna e il pagamento del prezzo**, è sufficiente per il passaggio della proprietà (o altro diritto) e a tale affermazione segue, quale corollario, la compenetrazione nel *titulus* del *modus* dell'acquisto, dal momento che il contratto, oltre al valore di regolamento di privati interessi diviene indice della circolazione dei beni, al posto dell'antica *traditio* <sup>(2)</sup>.

La sola manifestazione di volontà delle parti contraenti <sup>(3)</sup> determina, dunque, contestualmente all'acquisto della proprietà, l'acquisto dello *jus possidendi*, in conseguenza della stipulazione.

Come si è anticipato, il principio espresso nella disposizione citata, determina una macro classificazione all'interno dei contratti di alienazione potendosi **operare la distinzione tra contratti ad effetti reali, nei quali gli effetti reali sono immediati, e contratti ad effetti obbligatori nei quali l'effetto reale è mediato dal sorgere di un vincolo obbligatorio**. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, su cui si ritornerà in seguito, si è sollevato in dottrina, il problema se le parti possano, in virtù del loro potere di autonomia negoziale, dare vita ad una vendita reale (che si perfezioni, dunque, con la *traditio rei* o *pretii*) oppure subordinare il prodursi dell'effetto traslativo al pagamento del prezzo o alla ripetizione del consenso per atto pubblico, atto che, tuttavia, avrà mero valore ricognitivo <sup>(4)</sup>. La macro categoria poc'anzi accennata contempla, pertanto, la duplice ipotesi in cui l'effetto traslativo

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

si realizza immediatamente al momento del perfezionamento dell'accordo e quella in cui, invece, esso è mediato dal compimento di ulteriori attività.

Occorre richiamare quanto si è detto in precedenza in ordine all'accoglimento nel nostro ordinamento del principio del consenso traslativo e della configurazione della vendita come contratto ad effetti reali; sulla base del principio **c.d. dell'immediatezza, l'effetto traslativo** si produce non appena il contratto possa dirsi perfetto, ossia nel momento in cui si forma l'accordo, a prescindere, dunque, dal pagamento del prezzo e dalla consegna del bene. Nelle ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto uno dei diritti previsti nell'art. 2643 c.c. e negli altri casi in cui l'ordinamento prescrive la necessità della trascrizione, l'acquisto del diritto, da parte del compratore, si verifica *erga omnes* prima ancora del compimento delle formalità pubblicitarie legali, salva l'eventuale risoluzione, *ex tunc*, dell'acquisto stesso quale conseguenza della applicazione delle regole sulla pubblicità ed in particolare per l'effetto dichiarativo ad essa proprio.

Tuttavia il trasferimento del diritto non è sempre un effetto immediato del contratto giacché nelle ipotesi di **vendite c.d. obbligatorie** (ma sarebbe meglio definirle vendite ad effetti reali differiti o vendite non immediatamente traslative) esso si verifica in un momento successivo rispetto al perfezionamento dell'accordo. Si pensi alla ipotesi in cui il diritto alienato non esista ancora (**vendita di cosa futura**) o la cosa sia stata indicata solo nel genere o alternativamente (**vendita di genere o alternativa**) o, ancora, al caso in cui del diritto alienato non sia titolare il venditore (**vendita di cosa altrui**), casi in cui l'acquisto del diritto non può essere immediato e il venditore, *medio tempore*, è obbligato a farlo acquistare al compratore. Si parla comunemente di vendite obbligatorie proprio per sottolineare che l'effetto immediato che il contratto produce è **di natura obbligatoria, pur se anche in queste ipotesi la vendita rimane ad effetti reali, poiché l'effetto traslativo che andrà a prodursi origina nel contratto di compravendita, non in un distinto negozio traslativo di esecuzione (a differenza di quanto si verifica nella vera e propria vendita obbligatoria del diritto tedesco)** <sup>(5)</sup>.

L'effetto traslativo deve inquadrarsi nella **categoria degli effetti finali**, nei quali il risultato programmato viene raggiunto automaticamente con il prodursi dell'effetto in sé, a differenza degli effetti obbligatori che, mirando ad un risultato materiale, richiedono, di regola, il compimento di successivi atti esecutivi; l'effetto traslativo non conosce, dunque, una successiva fase di adempimento. Fin dalla sua comparsa nel codice napoleonico e successivamente in quello italiano del 1865, il principio del consenso traslativo, era apparso bersaglio di critiche da parte della dottrina, critiche che non possono dirsi tuttora sopite. In particolare si è opposto che tale principio non soddisfa l'esigenza di certezza nella circolazione giuridica in quanto non consente all'acquirente di avere sicurezza **in ordine al conseguimento del proprio diritto; tale rilievo aveva indotto i compilatori del BGB a rifiutare la soluzione del codice francese e ad adottare quella della separazione fra negozio causale e negozio traslativo dovendo quest'ultimo qualificarsi come astratto atto di trasferimento da cui far discendere l'onere della consegna (per i beni mobili) o della pubblicità costitutiva nel sistema tavolare (per i beni immobili)** <sup>(6)</sup>. La prospettazione di una separazione tra contratto causale, essenzialmente obbligatorio e atto traslativo, fonte dell'effetto reale era stata avanzata anche da un autorevole giurista italiano, secondo il quale l'effetto traslativo si collocherebbe «al di fuori del regolamento contrattuale» dovendosi distinguere, su piani differenti, «il regolamento negoziale che disciplina il rapporto, l'atto traslativo, che resta esterno alla struttura del contratto ed è privo di causa, sul piano normativo» <sup>(7)</sup>.

Le critiche mosse ad entrambi i regimi di circolazione accolti dai diversi ordinamenti, non sono valse a sollecitare riforme legislative dirette a convertire un regime nell'altro, essendosi cristallizzate le posizioni dei legislatori nazionali nelle impostazioni sopra esposte; pur tuttavia la sopravvivenza di ambedue i regimi non ha ostacolato la predisposizione di una disciplina uniforme della vendita mobiliare internazionale.

Se i dubbi sollevati in dottrina e poc'anzi brevemente sviscerati si sono rivelati, ad una più attenta analisi, privi di reale consistenza risultando smentiti dal dato positivo, una ulteriore contestazione al

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

**principio consensualistico attiene alla circostanza che la vis dello stesso pare attenuata dalla necessità di procedere agli oneri di trascrizione o alla presa di possesso del bene ai fini dell'opponibilità verso i terzi.** Al riguardo, secondo una tesi, il contratto sarebbe idoneo al trasferimento di una proprietà «parziale», perché in grado di trasferire solo «alcune componenti della proprietà»<sup>(8)</sup>; secondo altri, si sarebbe in presenza di una proprietà «caduca» giacché, si nota, il compratore si trova in una situazione meno favorevole rispetto al venditore, ma anche rispetto ai terzi finché non trascriva il suo acquisto ovvero non prenda possesso del bene.

Ciò nonostante, l'accoglimento del suesposto principio consente di differenziare, come si è detto, il regime accolto dal nostro ordinamento rispetto a quello tedesco in cui pur essendo il contenuto del diritto di proprietà corrispondente al nostro, **si prevede che esso passi al compratore per effetto della consegna o della intavolazione dell'apposito atto traslativo.** La divergenza fra i due ordinamenti sotto tale aspetto appare tangibile, perché nel sistema tedesco, fino al compimento di tali formalità il compratore ha un mero diritto di credito nei confronti del venditore, il quale rimane unico ed esclusivo proprietario del bene.

Il risultato di far acquistare la proprietà al compratore ancora prima del compimento degli oneri pubblicitari richiesti dal sistema tedesco, potrebbe conseguire dal risarcimento in forma specifica e, dunque, con l'attribuzione della cosa al compratore, al quale potrebbe essere chiamato il venditore che alieni il bene ad un altro soggetto dopo aver perfezionato la prima vendita; in tal caso il BGB obbliga al risarcimento del danno l'autore di un atto doloso immorale, ben potendosi in esso identificare il venditore che alieni la cosa a persona diversa dal compratore. Si tratta, tuttavia, come è evidente, di una ipotesi peculiare che non può essere assunta a parametro generale per l'individuazione di un *trait d'union* fra i due regimi civilistici di circolazione dei beni.

Si può concludere che la regola del consenso traslativo ha, dunque, nel nostro ordinamento, valenza generalizzata pur se sono rinvenibili diverse eccezioni che ne restringerebbero l'ambito di applicazione comportando, secondo alcuni, un «ridimensionamento»<sup>(9)</sup> del principio stesso. La presenza di deroghe, tuttavia, non varrebbe ad intaccare la generalità del principio, ben potendo con essa coesistere la scelta di politica legislativa secondo la quale relativamente a taluni diritti il trasferimento o la costituzione sia subordinato all'osservanza di particolari oneri formali.

**Risulta necessario, a questo punto, procedere ad una analisi degli effetti che il principio volontaristico reca con sé.** Asserendo che all'incontro delle volontà consegue la genesi del contratto e il trasferimento del diritto e tralasciando per ora il piano dell'opponibilità ai terzi del diritto acquisito, **è necessario operare un coordinamento tra la norma di cui all'art. 1376 c.c. e quella di cui all'art. 1465 c.c.**<sup>(10)</sup>, dal momento che è proprio in relazione al momento in cui il trasferimento del diritto ha luogo che viene decisa, in via di principio, la questione relativa al soggetto sul quale incombe (secondo le norme dispositive in materia di vendita) il rischio del perimento della cosa per causa non imputabile al venditore. L'individuazione del momento in cui si produce l'effetto traslativo è rilevante, pertanto, anche ai fini della disciplina del passaggio dei rischi, avendo il nostro ordinamento adottato, di massima (facendo salve le eccezioni relative alle vendite di beni di consumo) **il criterio della proprietà e non, come avviene in altri Paesi o in base alle convenzioni di vendita internazionale, quello della consegna e neppure quello del contratto**<sup>(11)</sup>. Di regola, perciò, il **rischio contrattuale del perimento**, del deterioramento della cosa o dei vizi giuridici sopravvenuti (pur se meglio si vedrà in seguito il significato da attribuire a tale espressione) è in capo al compratore, a partire dal momento in cui si sia prodotto l'effetto traslativo e **indipendentemente dalla consegna o dal pagamento del prezzo** (obbligazione alla quale il compratore sarà tenuto dal momento del prodursi dell'effetto traslativo). Il legislatore del '42 considera, pertanto, assorbente il trasferimento del diritto che eleva a criterio unico ed esclusivo di **allocazione del rischio contrattuale (*res perit domino*)**<sup>(12)</sup>; **ciò con riferimento alle vendite non obbligatorie, giacché in queste ultime il rischio continua a gravare sul venditore fino al verificarsi del trasferimento del diritto.** Di conseguenza in esse, ove la cosa perisca per causa non imputabile ad alcuna delle parti, prima del verificarsi del trasferimento del diritto, il contratto si risolverà a norma dell'art. 1463 c.c. (salva la concentrazione

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

sull'altro bene dedotto nella vendita alternativa e salvo l'ostacolo alla risolubilità nei casi di vendita di genere illimitato).

**In deroga a quanto disposto nella norma poc'anzi citata, per effetto del disposto dell'art. 1465 c.c., il contratto non si risolve e l'acquirente è tenuto a sopportare il rischio dell'impossibilità giacché nei contratti traslativi l'impegno dell'alienante si esaurisce con la prestazione del consenso, non rilevando in termini sinallagmatici l'obbligo di consegna e di custodia della cosa** <sup>(13)</sup>.

**Una vistosa eccezione alla regola in disamina si riscontra in materia di vendita di beni di consumo**, ambito che più interessa ai fini della presente dissertazione. Intendendo compiere solo una breve introduzione alla questione, che sarà oggetto di analisi in prosieguo, deve osservarsi che nella vendita suddetta (art. 130 c. cons.), visto che il venditore risponde nei riguardi del consumatore, **per qualsiasi difetto di conformità del bene mobile fino al momento della consegna**, appare evidente la divergenza rispetto al disposto dell'art. 1465 c.c.; **infatti, il rischio del deterioramento del bene, nonostante il passaggio della proprietà, grava sul professionista venditore fino al momento della traditio**. Né il fatto che la vendita abbia ad oggetto delle cose generiche (e l'individuazione sia precedente la consegna) importa l'operatività di un regime diverso, pur se taluni obiettano **che nel caso di contratti aventi ad oggetto cose generiche la deroga è più apparente che reale in quanto in tali tipologie contrattuali la vicenda traslativa si compie con l'individuazione, che solitamente è atto che coincide con la consegna** <sup>(14)</sup>.

Parimenti può qualificarsi come eccezione al principio espresso nell'art. 1465 c.c., quella della vendita **internazionale di beni mobili**, stante la circostanza che il rischio qui passa all'acquirente quando costui prende in consegna il bene o comunque dal momento in cui questi gli sono messi a disposizione (come previsto **dall'art. 69 della l. 765/1985**) <sup>(15)</sup>.

2. - Prima di procedere all'esame della attuale normativa **in materia di contratti a distanza** ed, in particolare del ruolo dalla stessa attribuito **alla consegna del bene**, può risultare utile ripercorrere brevemente le tappe che hanno condotto all'odierno impianto normativo.

Il precedente più importante è rappresentato dall'emanazione della dir. 99/44/CE <sup>(16)</sup>, per la predisposizione della quale fu assunta a paradigma la Convenzione di Vienna del 1980. A livello comunitario si avvertì fortemente l'esigenza di costruire una normativa uniforme, attraverso la quale compiere un ravvicinamento fra le legislazioni degli Stati membri, nel quadro della realizzazione del «mercato interno» allo scopo di conseguire gli obiettivi di armonizzazione, propulsori dell'iniziativa legislativa.

Tale armonizzazione, tuttavia, non fu completa e totale, giacché la direttiva aveva ad oggetto solo «taluni aspetti» della vendita di beni di consumo e delle garanzie ad essi relative ed in particolare solo quelli collegati alla problematica della «non conformità al contratto» dei beni consegnati in esecuzione dei contratti di vendita; accanto alle previsioni specificamente attinenti ai contratti di vendita di beni di consumo, la direttiva conteneva, inoltre una disposizione (art. 6) riguardante le «garanzie» convenzionali, offerte da produttori e rivenditori professionali di beni di consumo, allo scopo di attribuire ai consumatori pretese aggiuntive rispetto ai diritti ad essi spettanti *ex lege* sulla base del contratto di vendita, nonché una disposizione (art. 4) che, a rigore, non riguardava la tutela del consumatore, essendo rivolta a disciplinare pretese esercitabili soltanto fra professionisti, ancorché sul presupposto dell'avvenuta stipulazione, e inesatta esecuzione, di un contratto di «vendita di beni di consumo».

Al pari di altre direttive comunitarie, anche quella di cui si discorre, apprestava una tutela di tipo minimale nei confronti del consumatore, dal momento che lasciava «impregiudicato» l'esercizio di diritti diversi ed ulteriori, rispetto a quelli da essa espressamente riconosciuti, eventualmente attribuiti dalle singole legislazioni nazionali, autorizzando gli Stati membri a mantenere (ma anche ad introdurre) al proprio interno disposizioni dirette ad assicurare ai consumatori un livello di tutela più elevato rispetto a quello da essa garantito.

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

Gli ordinamenti degli Stati membri hanno, poi, compiuto lo sforzo di ricercare soluzioni che garantissero il raggiungimento del risultato prospettato dalla Direttiva, avendo cura di non provocare rotture nei sistemi di diritto interno. Così, se da una parte in alcuni paesi di *civil law* si sono registrate soluzioni di impatto generale, concretizzatesi in interventi radicali realizzati attraverso una riforma del diritto delle obbligazioni, codificazione della legislazione speciale e attuazione del diritto comunitario, come in Austria e in Germania, in Italia l'attuazione della direttiva si tradusse nella secca introduzione nel codice civile di un nuovo paragrafo in coda a quello dedicato alla vendita di beni mobili che costituisce un *corpus* autonomo di regole speciali.

Sicché l'intervento del legislatore interno si è sostanziato nella riproposizione pressoché letterale del contenuto della Direttiva, disattendendo il suggerimento di quella dottrina che immediatamente dopo l'entrata in vigore di essa, aveva auspicato un'attuazione che fosse diretta a riformare il quadro generale delle garanzie della vendita delineato dagli artt. 1490 ss. del codice civile. Infatti con il d. lgs. 2 febbraio 2002, n. 24, in attuazione alla suddetta Direttiva fu inserita nel codice civile, la disciplina della vendita di beni di consumo negli articoli da 1519 bis a 1519 *nonies*. In tal modo operando, l'impianto codicistico disciplinante il contratto di compravendita fu integrato con un articolato di forte valenza consumeristica finalizzato ad adeguare alle esigenze del mercato, tutele, garanzie e responsabilità di determinati tipi di vendita.

La scelta compiuta dal legislatore non sembrò, tuttavia, rispondere alle aspettative di quanti intravedevano nella attuazione della dir. 1999/44/CE una occasione per rivisitare la disciplina codicistica delle garanzie del compratore per i vizi della cosa in termini di responsabilità, che allo stato attuale della legislazione rappresenta un sistema di norme troppo rigido per essere destinato ad operare in un mercato sempre più ampio e flessibile.

Pur tuttavia, nonostante i numerosi tratti di specialità della nuova disciplina, ascrivibili senz'altro alla *ratio* dell'intervento, rimase compito dell'interprete effettuare una verifica di «compatibilità» delle nuove norme col sistema tradizionale, non potendosi escludere a priori che alcuni dei principi da esse ricavabili potessero essere utili per una rielaborazione in chiave aggiornata del sistema generale delle tutele apprestate all'acquirente dagli artt. 1490 e 1497 c.c.

Il *corpus* di nome introdotto con la novella legislativa in discorso, sulla scia delle scelte operate in sede comunitaria, introdusse la **c.d. «obbligazione di conformità»**, ossia l'obbligazione a carico del professionista di consegnare beni conformi al contratto, che si presentava come obbligazione autonoma e distinta rispetto a quelle tipiche scaturenti dai contratti interessati dalla disciplina della vendita dei beni di consumo, atteggiandosi sia come obbligazione di mezzi che di risultato. Allo scopo di facilitarne l'applicazione fu introdotta una presunzione relativa di conformità sussistente ove i beni di consumo presentassero le seguenti caratteristiche o coesistessero le seguenti circostanze: *a*) idoneità all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo; *b*) conformità alla descrizione fatta dal venditore e possesso delle qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello; *c*) ricorrenza della qualità e delle prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura; *d*) idoneità all'uso particolare voluto dal consumatore e portato a conoscenza dal venditore al consumatore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato anche per fatti concludenti.

In **ordine al profilo della responsabilità del venditore**, si deve osservare che l'art. 1519 *quater* al comma 1 stabiliva che «il venditore è responsabile nei confronti del compratore per qualsiasi difetto di conformità» e cioè per qualsiasi difetto del bene che non consenta al consumatore di raggiungere il risultato voluto: l'utilità finale. Ciò vuol dire, anzitutto che il difetto di conformità veniva ad assorbire nella vendita di beni di consumo tutte le ipotesi di difetti strutturali del bene, che nella disciplina generale ricevono, invece, una separata e differente regolamentazione affidata alla disciplina dei vizi occulti (art. 1490 c.c.), della mancanza di qualità promesse o essenziali (art. 1497

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

c.c.), della mancanza di conformità al modello (art. 1522 c.c.), ma anche la fattispecie di vendita di *aliud pro alio* <sup>(17)</sup> così come delineata dalla giurisprudenza, per la quale non possono esperirsi le azioni previste dall'art. 1453 c.c. sganciate dai brevi termini di prescrizione e decadenza previsti dall'art. 1495 c.c.

Pur tuttavia, il rilievo dell'esistenza di difetti di conformità presenti nel bene mobile consegnato al consumatore poteva essere sollevato solo se gli stessi si fossero manifestati (fossero, cioè divenuti oggettivamente rilevabili all'esterno) entro due anni dalla consegna del bene.

Non era, invece, indispensabile che il difetto lamentato dal consumatore fosse presente già nel momento in cui il contratto veniva stipulato, essendo per contro necessario e sufficiente che esso esistesse "al momento della consegna" e non occorreva peraltro, a tal fine, che al momento della consegna il difetto si fosse già evidenziato in modo compiuto, bastando che in tale data fossero già presenti i fattori e le cause del difetto venutosi a manifestare successivamente.

Rimaneva dubbio se il momento della consegna fosse da considerare sempre e comunque quello in cui il bene entra nella materiale disponibilità del consumatore ovvero quello in cui il venditore può considerarsi liberato dall'obbligazione di consegna della cosa, che non coincide con quello della ricezione effettiva tutte le volte in cui la cosa, per essere consegnata, debba essere trasportata da un luogo ad un altro, dal momento che in tali ipotesi, a norma dell'art. 1510, comma 2, c.c., il venditore si libera dall'obbligo della consegna rimettendo le cose al vettore o allo spedizioniere.

La prima soluzione <sup>(18)</sup> appariva più conforme allo spirito della direttiva e alle istanze di tutela del consumatore; la seconda <sup>(19)</sup> si configurava, tuttavia, come più coerente con la sistematica del codice, poiché avrebbe consentito di evitare una discrasia fra il momento in cui può considerarsi adempiuta l'obbligazione di consegna in senso proprio ed il momento in cui può reputarsi adempiuta l'obbligazione di «consegnare beni conformi al contratto», salvo a voler ritenere che, a seguito dell'entrata in vigore degli artt. 1519 *bis* ss., la stessa regola dettata dal secondo comma dell'art. 1510 fosse destinata a non trovare più applicazione alle compravendite di beni di consumo da trasportare, nell'ambito delle quali l'obbligazione di consegna non potrebbe conseguentemente mai reputarsi adempiuta fintantoché il consumatore non abbia ricevuto la cosa dalle mani del vettore o dello spedizioniere.

In ogni caso, diversamente da quanto previsto dal regime generale dei contratti di compravendita e d'appalto <sup>(20)</sup>, l'art. 1519 *quater*, comma 1, imponeva al professionista di rispondere non solo dei difetti già esistenti nel momento del trasferimento della proprietà del bene al consumatore (e cioè quello della conclusione del contratto nel caso di vendita di cosa specifica, quello dell'individuazione nel caso di vendita di cosa generica, quello dell'accettazione dell'opera nel caso di appalto o contratto d'opera concluso per la produzione o fabbricazione di un bene di consumo), momento nel quale avrebbe dovuto verificarsi il passaggio del rischio al compratore in base alle regole generali dettate dagli artt. 1465 e 1673 c.c., ma anche quelli insorti successivamente, fino al momento della consegna, e ciò a prescindere dalla circostanza che la causa dell'insorgenza del difetto fosse o meno imputabile ad una sua colpa.

Secondo alcuni autori <sup>(21)</sup>, questo differimento (dal trasferimento del diritto di proprietà alla consegna) del momento a partire dal quale fosse operante la responsabilità del venditore per i difetti di conformità che insorgessero nel bene venduto per cause a lui non imputabili avrebbe lasciato comunque inalterate le regole generali sul passaggio del rischio.

Altri <sup>(22)</sup>, invece, ritenevano che questa nuova regola non potesse non implicare che, nelle vendite di beni mobili concluse da consumatori con professionisti, il momento della consegna fosse quello in cui si verifica il passaggio di tutti i rischi, e non soltanto del rischio di eventi fortuiti idonei a cagionare l'insorgenza di un «difetto di conformità». Questa seconda soluzione, anche alla luce delle scelte compiute in sede comunitaria e consacrate nella dir. 2011/83/UE, pur non trovando alcun appiglio testuale nelle «nuove» norme codicistiche, appariva preferibile, nella misura in cui consentiva di assicurare un minimo di coerenza del nuovo regime speciale dei contratti di compravendita di beni mobili conclusi da consumatori con professionisti.

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

L'accoglimento di tale ultima ricostruzione della dottrina non può non condurre alla osservazione che l'estensione della responsabilità del venditore per difetti sopravvenuti alla conclusione del contratto abbia, in qualche maniera, innovato le disposizioni che regolano il rischio contrattuale, compiendo così un primo passo verso il graduale superamento della regola *res perit domino*, consacrata nell'art. 1465 c.c., pur se appare più rispondente alle intenzioni del legislatore del 2002 la creazione di una «obbligazione di consegna di beni conformi» e non l'introduzione di un congegno normativo in grado di alterare la regola tradizionale che vede ancorato il passaggio del rischio al momento del verificarsi dell'effetto traslativo.

A seguito della entrata in vigore del codice del consumo, con il d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206, nel quale confluirono gli artt. da 1519 *bis* a 1519 *octies* c.c., il panorama delle ricostruzioni teoriche poc'anzi esposte non si arricchì particolarmente; i **nuovi artt. 129 e 130 c. cons. si** limitarono, infatti, a riprodurre il nucleo regolativo precedente. Di essi furono date diverse interpretazioni riconducibili, in linea di massima, a due posizioni, **che possono riassumersi nella c.d. «teoria della responsabilità» e nella c.d. «teoria della garanzia»** <sup>(23)</sup>.

**Per i sostenitori della prima teoria** <sup>(24)</sup>, nella vendita di beni di consumo sarebbe configurabile una specifica obbligazione avente ad oggetto lo stesso «modo di essere» del bene venduto o della prestazione dovuta; tale assunto troverebbe conferma nella stessa lettera del primo comma dell'art. 129 c. cons., il quale prevede espressamente l'obbligo per il venditore di consegnare al consumatore beni conformi al contratto. E, pertanto, la conformità rappresenterebbe il paradigma che il venditore è tenuto ad osservare nell'esecuzione del contratto.

L'esistenza di una obbligazione di conformità sarebbe, inoltre, avvalorata dalla tipologia dei rimedi predisposti per la sua inosservanza <sup>(25)</sup>, dal momento che l'art. 130 c. cons. prevede, infatti, che il consumatore in presenza di un difetto di conformità, «abbia diritto al ripristino della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione». Più nello specifico, il diritto di ottenere la regolarizzazione della prestazione inesatta, tramite la riparazione o la sostituzione del bene non conforme, altro non sarebbe che una specificazione dell'azione di esatto adempimento prevista dall'art. 1453 c.c., che, pertanto, non sarebbe configurabile in assenza di una precisa obbligazione.

Per i sostenitori della teoria della «garanzia», invece, le innovazioni introdotte dalla novella farebbero sorgere, in capo al venditore, un dovere di «garanzia» che avrebbe per oggetto la conformità dei beni al contratto <sup>(26)</sup>. E nella medesima direzione, poi, sembrerebbe deporre la lettera del primo comma dell'art. 130 c. cons., il quale definisce il venditore come responsabile nei confronti del consumatore per «qualsiasi difetto» di conformità. L'estensione di tale responsabilità a qualsiasi ipotesi di difetto di conformità e, quindi la conseguente irrilevanza di ogni profilo soggettivo, confermerebbero l'assenza di uno specifico vincolo obbligatorio avente per oggetto la conformità del bene venduto e, di contro, avvalorerebbe la tesi della ricorrenza di un dovere di garanzia.

Le teorie della responsabilità e della garanzia, tuttavia, non esauriscono il quadro delle ricostruzioni dogmatiche della normativa sulla vendita dei beni di consumo.

Secondo taluni <sup>(27)</sup> non sarebbe corretto ridurre i termini del dibattito all'alternativa tra responsabilità per inadempimento e garanzia, giacché, si dice, **la consegna di beni non conformi, darebbe luogo a scenari giuridici differenti a seconda che le difformità si manifestino in un momento antecedente o successivo al trasferimento della proprietà.**

**Per i vizi preesistenti** varrebbero le considerazioni fatte dai sostenitori della teoria della garanzia circa l'impossibilità di legare la responsabilità del venditore al mancato adempimento di una preesistente obbligazione negoziale; la lesione subita dal compratore consisterebbe nell'acquisto della proprietà di un bene difettoso; essa pertanto, si determinerebbe nel momento stesso in cui si produce l'effetto traslativo, sicché il pregiudizio del compratore non atterrebbe alla violazione di un autonomo obbligo di conformità, **bensì allo stesso modo di essere dell'effetto traslativo**. Seguendo le fila di tale ragionamento, ai rimedi della riparazione e della sostituzione spetterebbe, dunque, la funzione di ripristinare l'equilibrio delle prestazioni che l'attribuzione di un bene non conforme avrebbe violato.

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*



Per concludere, i **difetti preesistenti** alla vendita (o più precisamente al prodursi dell'effetto traslativo) renderebbero responsabile il venditore per l'oggettiva inesatta realizzazione del risultato traslativo, quale che sia la natura dei beni che ne costituiscono oggetto.

A considerazioni diverse, invece, darebbero luogo i vizi che si dovessero manifestare in un **momento successivo al trasferimento della proprietà, giacché ciò che viene in rilievo è la disciplina del rischio contrattuale e ciò che bisognerebbe chiedersi è se la novella degli artt. 128 ss. abbia modificato o meno il momento del suo passaggio rispetto alla disciplina codicistica della vendita in generale.**

A soli fini di completezza espositiva occorre, ora, delineare brevemente i tratti caratterizzanti della disciplina relativi ai contratti a distanza contenuta nel codice del consumo prima dell'entrata in vigore della dir. 2011/83/UE.

La semplicità della contrattazione a distanza, possibile grazie agli odierni mezzi tecnologici, se da una parte ha snellito in modo significativo il processo di conclusione dei contratti tra parti residenti fisicamente in Stati anche molto lontani fra loro, dall'altra parte ha aumentato considerevolmente il rischio di situazioni di abuso, esponendo ad un potenziale pregiudizio quegli utenti che, poco pratici all'utilizzo degli strumenti della contrattazione a distanza, prestano avventatamente il consenso senza prima aver meditato sull'atto da compiere e aver avuto la possibilità di visionare i beni da acquistare <sup>(28)</sup>.

Con lo scopo di introdurre una disciplina di tutela, diretta ad arginare il probabile rischio di pregiudizio dovuto all'avventatezza accompagnata ad una ridotta capacità informativa, è **intervenuto il legislatore con una serie di norme poste all'interno del codice del consumo agli artt. 50 ss., che contengono la normativa dei contratti a distanza.** Nella individuazione di questi ultimi il legislatore italiano ha inteso fare riferimento a ogni negozio che abbia quali parti contraenti un professionista e un consumatore, che sia nella fase della contrattazione che in quella della conclusione, non **siano stati presenti fisicamente nel medesimo luogo**, ma che per addivenire al perfezionamento del contratto abbiano fatto uso di tecniche di comunicazione a distanza.

Per configurare tali tipologie contrattuali è necessario che l'impiego di «tecniche di comunicazione a distanza», sia costante e prevalente, se non addirittura esclusivo, di modo che tra le parti contraenti debba rinvenirsi il carattere della distanza nella contrattazione, considerato quale elemento di estremo svantaggio per il consumatore, che necessita, pertanto di una tutela *ad hoc* <sup>(29)</sup>.

Disciplinato l'ambito di applicazione delle norme che regolano i contratti a distanza, il sistema normativo prevede una serie di tutele per il consumatore, rivisitate in senso più favorevole per il consumatore dalla dir. 2011/83/UE, che si sostanziano, da **una parte in un puntuale obbligo di informativa gravante sul professionista, dall'altra nel riconoscimento del cosiddetto diritto di «ripensamento» o di recesso, che spetta con determinate modalità e termini di esercizio, al consumatore.**

Quanto al primo degli aspetti ora elencati, si deve osservare che gli artt. 52 e 53 contengono il fulcro della disciplina sugli obblighi informativi, riferendosi, il primo ad una serie di informazioni che il professionista è tenuto a fornire al consumatore, prima della conclusione dell'accordo, ed il secondo nella prescrizione dell'obbligo di consegnare determinate informazioni per iscritto, o in modo che possano essere conservate dal consumatore in maniera duratura.

In ordine, invece, al secondo aspetto si può rilevare che il legislatore ha riconosciuto, come si è anticipato, al contraente «debole», un diritto di recesso *sui generis*; esso, infatti si differenzia rispetto al diritto di recesso di cui all'art. 1373 c.c., dal momento che il suo esercizio è previsto anche dopo la completa esecuzione del contratto, tanto da far ritenere che fino allo scadere del termine per il suo esercizio il contratto non sarebbe perfezionato.

Al riguardo si deve considerare che la disciplina civilistica, di regola, identifica il recesso come uno strumento per interrompere un rapporto giuridico che abbia una durata prolungata nel tempo; viceversa, la particolarità del recesso, all'interno del codice del consumo, è quella di attribuire al consumatore una via di uscita al contratto indipendentemente dalla sua tipologia temporale di accordo

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

di durata o ad esecuzione istantanea, caratterizzata dalla gratuità e dalla potestatività, e cioè dalla mancanza di una giusta causa che ne sorregga l'esercizio.

In relazione a quest'ultima qualità, parte della dottrina ne nega l'assolutezza, sostenendo la necessità di motivazioni, che devono sussistere, pur non essendo espressamente manifestate ed essere ricondotte ad una giusta causa; esse devono, pertanto, essere suscettibili di una valutazione oggettiva sulla meritevolezza dell'esercizio del recesso stesso, comportando validamente, solo in tal caso, lo scioglimento del vincolo contrattuale <sup>(30)</sup>.

Altra dottrina, al contrario, ha sottolineato l'importanza del carattere assoluto di tale diritto, non riconducibile entro determinati parametri, che tenderebbero a rendere vano l'intento protettivo del legislatore, inferendo la natura di libertà assoluta dell'esercizio del diritto di recesso dal dato testuale stesso, nonché dalla finalità precipua della norma, che tende, appunto, a tutelare in massimo grado la sfera giuridico-patrimoniale della parte «debole» del contratto.

3. - *L'iter* riepilogativo degli interventi normativi e delle relative ricostruzioni dogmatiche finora esposto non può che avere, quale esito conclusivo, la disamina **della dir. 2011/83/UE** e della relativa normativa di attuazione, con la premessa che l'ambizioso obiettivo iniziale di «armonizzazione massima» si infranse dinanzi alle resistenze di molti Stati membri e delle stesse istituzioni comunitarie.

Nonostante i dichiarati intenti, infatti, il risultato finale condusse ad un significativo ridimensionamento degli obiettivi perseguiti <sup>(31)</sup>; la dir. 2011/83/UE del 25 ottobre 2011, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 22 novembre 2011, mantiene la scelta di fondo dell'armonizzazione massima <sup>(32)</sup>, ma ne restringe l'incidenza a limitati settori. Rispetto alla prima proposta di direttiva consumatori presentata nel 2008, il contenimento degli obiettivi è evidente; ciò che balza subito agli occhi è l'assenza dei settori più rilevanti della disciplina dei contratti tra professionisti e consumatori, ossia la materia delle clausole abusive e le vendite di beni di consumo. L'attuazione della direttiva necessiterà, pertanto, di qualche adeguamento al codice del consumo, per conformarsi ad uno *standard* di protezione del consumatore più elevato rispetto a quello attualmente vigente, con conseguente appesantimento di costi e gravami per le imprese <sup>(33)</sup>.

In principio, le direttive europee di protezione dei consumatori seguivano la tecnica dell'armonizzazione minima, prevalentemente verticale, con conseguente libertà per gli Stati membri di mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli. Un cambiamento di rotta si iniziò ad intravedere con le dirr. 2002/65/CE sui servizi finanziari a distanza, 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, 2008/48/CE sul credito al consumo e 2008/122/CE sulla multiproprietà, a cui deve aggiungersi la direttiva in analisi, anche se il progetto di armonizzazione piena rimane utopistico dal momento che le regole imposte a livello europeo vengono calate all'interno dei contesti nazionali, dai quali risultano inevitabilmente influenzate e all'interno dei quali devono compenetrarsi con il preesistente tessuto normativo.

Passando ora ad esaminare brevemente l'ambito di applicazione della direttiva, si può osservare che, seguendo un modello ormai consolidato, essa esordisce con una serie di definizioni, valide ai fini della direttiva stessa, (ne deriva che, ad esempio, nella nozione di contratto di vendita deve ricomprendersi anche il contratto preliminare di vendita e che nella nozione di professionista debbano essere inclusi sia soggetti privati che pubblici) al fine di delimitarne l'ambito di applicazione, che concerne, essenzialmente, i contratti conclusi a distanza <sup>(34)</sup> e i contratti negoziati fuori dei locali commerciali <sup>(35)</sup>.

Con specifico riferimento ai settori merceologici, la direttiva trova applicazione anche alla fornitura di acqua, gas ed elettricità, ove tali beni siano messi in vendita in quantità delimitata; non anche, invece, ai contratti relativi al trasferimento di beni immobili. Ne rimangono esclusi i giochi d'azzardo, i servizi sociali, in essi ricompresi gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie e alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, i contratti relativi all'assistenza sanitaria come definita dall'art. 3, lett. a), della dir. 2011/24/UE, sia essa fornita o meno attraverso le strutture di assistenza sanitaria, e i settori già regolati da altri provvedimenti quali in

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

particolare i servizi finanziari, i viaggi tutto compreso e la multiproprietà. Risultano esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva, come espressamente chiarito dall'art. 3, 3 comma lett. i) quei contratti che, secondo i diritti degli Stati membri, sono istituiti con l'intervento di un pubblico ufficiale, tenuto per legge all'indipendenza e all'imparzialità, il quale deve garantire, fornendo un'informazione giuridica completa, che il consumatore conclude il contratto soltanto sulla base di una decisione giuridica ponderata e con conoscenza della sua rilevanza giuridica.

L'articolo appena citato si conclude lasciando liberi gli Stati membri di disapplicare la direttiva o di non mantenere né introdurre disposizioni interne corrispondenti ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali in base ai quali il corrispettivo che il consumatore deve pagare non è superiore a cinquanta euro, potendo gli Stati membri eventualmente stabilire un valore inferiore nella rispettiva legislazione nazionale. Inoltre la direttiva non pregiudica il diritto contrattuale nazionale generale, con particolare riguardo alle norme sulla validità, formazione o efficacia di un contratto, nella misura in cui gli aspetti relativi allo stesso non siano disciplinati nella direttiva medesima e, da ultimo, non impedisce ai professionisti di offrire ai consumatori condizioni contrattuali dirette a garantire un livello di tutela più ampio rispetto a quello prestato dalla direttiva.

Veniamo ora alla analisi degli aspetti innovativi introdotti dal provvedimento comunitario oggetto della presente indagine ed, in particolare la disciplina dell'esecuzione delle obbligazioni da parte del professionista, **riguardo alla consegna dei beni e al passaggio del rischio tra venditore e acquirente, rispettivamente disciplinati dagli articoli 18 e 20 della direttiva.**

Anzitutto, che il momento della consegna sia da considerarsi un momento centrale nella dinamica del rapporto di consumo è suggerito anche dal **Considerando n. 51 della direttiva** <sup>(36)</sup>, ed ha determinato anche l'esigenza di un'armonizzazione limitata, tuttavia, al tempo della consegna perché relativamente al luogo e alle modalità della *traditio*, il legislatore comunitario, in assenza di una diversa determinazione pattizia, fa rinvio alle legislazioni nazionali.

La rilevanza della consegna nel campo dei negozi traslativi si spiega in ragione della stretta connessione con il **momento del passaggio della proprietà (ovvero del trasferimento del diritto fra le parti) e con quello relativo al passaggio del rischio** (per esso dovendosi intendere, come si è visto in principio, il complesso delle regole sulla sorte della controprestazione nel caso di perimento fortuito del bene alienato).

**Non è casuale, dunque, l'impostazione del codice del '42 che, in linea con la tradizione romanistica, contrappone i contratti il cui perfezionamento si realizza con il reciproco scambio dei consensi tra le parti (detti perciò consensuali) a quelli per la cui conclusione si richiede che vi sia la consegna della res che ne forma oggetto (e sono i c.d. contratti reali), consegna che costituisce presupposto stesso per la nascita del rapporto negoziale, integrando il consenso manifestato dalle parti.**

Dunque, sul presupposto che il nostro ordinamento considera il titolare formale del diritto, il soggetto cui imputare vantaggi e svantaggi inerenti il bene, **non è affatto secondario individuare il momento di formazione del vincolo, che in molti negozi può essere individuato proprio nella consegna.**

In questo tracciato, il **principio *res perit domino***, cui generalmente si ricorre, evidenzia il peso dell'**investitura formale del soggetto che diviene titolare** del diritto, rispetto alla eterogeneità delle situazioni di fatto che possono emergere nella realtà dei traffici e che le vicende relative alla consegna possono accrescere.

Con specifico riferimento alla consegna, **il legislatore comunitario, all'art. 18, par. 1** ha stabilito che «salvo che le parti abbiano concordato altrimenti in merito al termine di consegna, il professionista consegna i beni mediante **il trasferimento del possesso o del controllo fisico dei beni** al consumatore senza indebito ritardo o comunque non oltre trenta giorni dalla conclusione del contratto». È evidente come, rispetto a quanto previsto precedentemente dal nostro codice del consumo, che la direttiva pone sì il medesimo termine massimo per il professionista, ma il *dies a quo* viene fissato con riferimento alla conclusione del contratto e non con riguardo alla «trasmissione» dell'ordinazione.

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

Dovrà, dunque, tenersi conto di quale sia il momento perfezionativo del contratto, guardando sia ai diversi meccanismi di conclusione, sia a quale ordinamento giuridico nazionale debba trovare applicazione, in ragione delle scelte negoziali delle parti sulla legge applicabile o in forza dei principi normativi che, soprattutto nei contratti transfrontalieri, entrano di volta in volta in rilievo.

La soluzione proposta dalla direttiva, soprattutto per le vendite poste in essere da un Paese ad un altro, non è pienamente soddisfacente per il consumatore, dal momento che costringe quest'ultimo (così come anche il professionista) a conoscere come operano i meccanismi di perfezionamento contrattuali di volta in volta previsti dalla legge al contratto applicabile, al fine di individuare il *dies a quo* per calcolare la decorrenza del termine di trenta giorni stabilito come termine massimo per eseguire l'obbligazione avente ad oggetto la consegna dei beni venduti.

**Le conseguenze in caso di inadempimento sono previste nel successivo par. 2, ai sensi del quale** «se il professionista non adempie all'obbligo di consegna dei beni al termine concordato con il consumatore o entro il termine di cui al paragrafo 1, il consumatore lo invita ad effettuare la consegna entro un termine supplementare appropriato alle circostanze. Se il professionista non consegna i beni entro detto termine supplementare, il consumatore ha diritto di risolvere il contratto».

**Dalla formulazione della disposizione si evince che il meccanismo suggerito dal legislatore mira alla conservazione del contratto, giacché il professionista, prima di veder risolto il contratto, può approfittare di un secondo termine oltre a quello, in verità già ampio, previsto *ex lege* per l'adempimento.**

Lo strumento offerto dal legislatore sembra richiamare l'operatività della diffida ad adempiere, da cui però si discosta tanto per la mancata previsione del termine minimo assegnato dal creditore al debitore prima di considerare risolto il contratto, quanto per le modalità con cui il contratto si risolve. Nella diffida ad adempiere, la decorrenza infruttuosa del termine fissato dal debitore comporta *ipso iure* la risoluzione del contratto, già espressamente manifestata nella diffida stessa. Al contrario, nel testo della direttiva, il mancato adempimento anche del secondo termine assegnato dal consumatore, in aggiunta rispetto a quello di trenta giorni previsto *ex lege*, non sembra produrre automaticamente la risoluzione del contratto, ma sembra conferisca al consumatore il diritto di risolvere il contratto, che egli potrà esercitare oppure no.

La direttiva, a differenza della scelta operata nel codice del consumo, non si cura di prendere in esame i motivi che producono il mancato tempestivo adempimento, da parte del professionista, all'obbligazione di consegna a cui è tenuto in forza del contratto a distanza; sicché questi finisce per beneficiare del secondo termine accordato dal consumatore anche qualora l'inadempimento entro il primo termine sia dipeso da colpa imputabile ad egli stesso.

**Una volta maturata la risoluzione** del contratto, quest'ultimo sarà comunque tenuto a rimborsare senza indebito ritardo tutti gli importi versati (dal consumatore o da altri) in esecuzione del contratto, così come statuito dall'art. 18, par. 3 <sup>(37)</sup>.

Il successivo paragrafo 4, però attribuisce al consumatore il diritto di avvalersi, oltre che della risoluzione del contratto nei termini succintamente esposti, anche del diritto di «avvalersi di altri rimedi previsti dalla legislazione nazionale» <sup>(38)</sup>. Tra essi va sicuramente inserito il risarcimento degli eventuali danni subiti dal consumatore, anche a prescindere dal fatto che questi si sia avvalso o meno del diritto di provocare la risoluzione del contratto.

**Strettamente legata alla consegna è la disciplina relativa al passaggio del rischio, contenuta nell'art. 20, che pone a carico del consumatore il rischio di danneggiamento o perdita dei beni speditigli dal professionista a partire dal momento in cui il consumatore medesimo o un terzo da questi designato e diverso dal vettore acquisisce il possesso fisico dei beni oggetto del contratto.**

Come si è detto in precedenza, nel nostro ordinamento giuridico, in caso di compravendita, il rischio passa all'acquirente fin dal momento dell'acquisto della proprietà che avviene, di norma, con lo scambio dei consensi sulla base del principio del consenso traslativo (ovvero con l'ulteriore attività prevista dalla legge) <sup>(39)</sup>.

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

Sicché una volta perfezionato il contratto di vendita e individuata anche nella *species* la *res* che forma oggetto del contratto, **il rischio incomberebbe, per il nostro ordinamento, sull'acquirente e non sul venditore e ciò vale, ovviamente, anche nel caso in cui il professionista eseguisse l'obbligazione della consegna del bene già venduto affidandolo ad un vettore.**

Di norma, quindi, **la consegna dei beni da parte del venditore al vettore non fa venire meno il trasferimento del rischio contrattuale all'acquirente.**

**Con la direttiva comunitaria in analisi, il principio in parola sembra essere stato invertito giacché si prevede che il consumatore sopporti il rischio solamente qualora entri materialmente nel possesso della res acquistata** con il contratto a distanza, personalmente o tramite soggetto, diverso dal vettore, che il consumatore medesimo abbia designato. I rischi connessi alla spedizione dei beni, pertanto, gravano, in linea generale sul professionista, ai sensi dell'art. 20. La norma da ultimo citata, tuttavia, contempla un'eccezione laddove prevede che il rischio è trasferito al consumatore al momento della consegna al vettore, ove sia stato il consumatore stesso ad incaricare il vettore del trasporto dei beni e il vettore scelto non sia stato proposto dal professionista, salvi i diritti del consumatore nei confronti del vettore.

Anche in tale ultimo caso non si è seguito **il «criterio della proprietà» per la ripartizione del rischio** contrattuale, dato che incombe pur sempre sul professionista il rischio di perdita o danneggiamento di quei beni che, già acquistati dal consumatore e quindi, già divenuti di sua proprietà, non siano stati ancora affidati al vettore scelto ed incaricato dal consumatore medesimo e non proposto dal professionista.

Resta, ora, da esaminare la reazione del legislatore interno chiamato a recepire il provvedimento emanato in sede comunitaria, con particolare riguardo all'oggetto del presente studio, non prima di aver vagliato un istituto di diritto nazionale, in cui la consegna ricopre un'importanza notevole.

Nella vendita, come regolamentata dal diritto interno, l'ipotesi più rilevante in cui la consegna acquista un ruolo decisivo nell'economia del negozio e in cui il confronto tra proprietà (quale situazione statica di appartenenza di un bene ad un determinato soggetto) e contratto (quale strumento per operare un trasferimento di diritti) **si verifica nella vendita a rate con riserva della proprietà. Infatti, ai sensi dell'art. 1523 c.c.** «il compratore acquista la proprietà della cosa col pagamento dell'ultima rata di prezzo, ma **assume i rischi dal momento della consegna**». **La ratio di questa deroga ai principi di generali viene, generalmente, individuata nella circostanza che, anche se non ancora proprietario, l'acquirente che ha presso di sé il bene è l'unico a poter esercitare un effettivo controllo su di esso ed eventualmente a poterne impedire il danneggiamento o la distruzione** <sup>(40)</sup>.

**Si può, dunque, rintracciare un punto di contatto tra la struttura della vendita con riserva della proprietà ex art. 1523 c.c. e le nuove normative comunitarie**, consistente nell'approccio decisamente funzionale alla ripartizione degli interessi coinvolti in questi schemi negoziali. E, così, nella vendita con patto di riservato dominio sono evidenti gli interessi legati alla facoltà di godimento e di finanziamento per quanto attiene alla parte acquirente, e la rilevanza della garanzia e dell'importo (di regola maggiore rispetto al valore del bene, in virtù della rateizzazione) per quanto concerne la parte alienante.

Ne è scaturito, con specifico riguardo all'esperienza italiana, una formulazione dell'art. 61 che, sostituendosi al precedente art. 54, dettato solo relativamente ai contratti a distanza, innova profondamente tratteggiando un regime *ad hoc* molto distante dalla disciplina di diritto comune, che non manca di ambiguità <sup>(41)</sup>.

Ai sensi del novellato **II comma dell'art. 61 c. cons.**, l'obbligazione di consegnare «è adempiuta mediante il trasferimento della disponibilità materiale o comunque del controllo dei beni al consumatore»: nei negozi che hanno per oggetto beni che devono essere trasportati da un luogo ad un altro, l'obbligazione di consegnare non sarà adempiuta con la semplice rimessione al vettore o allo spedizioniere, ma solamente nel momento in cui il consumatore acquisisce la disponibilità materiale di quanto aveva formato oggetto del contratto.

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

**La consegna, non il passaggio della proprietà diviene il momento centrale nella dinamica del rapporto di consumo, con effetti diretti sul sistema dei rimedi a disposizione del contraente debole.** Dunque, se prima della novella, in assenza di disposizioni specifiche, per le vicende riguardanti la consegna ed il passaggio del rischio **valeva quanto stabilito dalla norma di rinvio** <sup>(42)</sup>, **oggi nei rapporti B2C non si potranno che applicare le nuove disposizioni contenute negli artt. 61 ss. c. cons.**

Passando alla disamina delle modalità con cui il legislatore interno ha dato attuazione al provvedimento comunitario si può osservare che non è stata seguita la via della chiarezza e della semplicità <sup>(43)</sup>.

In primo luogo il tenore letterale del comma 1 dell'art. 61 c. cons. potrebbe far intendere una generalizzata facoltà di deroga della disposizione, laddove, invece, l'art. 18 della direttiva indica chiaramente che la possibilità di deroga è circoscritta al solo termine della consegna; infatti i trenta giorni previsti dal legislatore potrebbero non essere sufficienti in relazione alla singola vicenda negoziale. A tal fine i beni oggetto del contratto e gli interessi che le parti intendono concretamente perseguire sono l'indice cui fare riferimento nella fissazione del termine; sicché i contraenti sono liberi di individuare una data per la consegna confacente alle proprie esigenze, e solo in mancanza di una pattuizione in merito opererà il termine di trenta giorni stabilito dalla legge, che, in base ad una analisi della normativa, deve considerarsi essenziale **giacché legittima ipso iure il contraente debole a chiedere la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno.**

La norma pone, tuttavia, in capo al consumatore l'onere di concedere al professionista un termine supplementare «appropriato alle circostanze» per effettuare la consegna; tuttavia, il consumatore può esimersi da tale obbligo ove il professionista si sia espressamente rifiutato di consegnare i beni ovvero «quando il rispetto del termine pattuito dalle parti per la consegna del bene deve considerarsi essenziale» o, infine se «il consumatore ha informato il professionista, prima della conclusione del contratto, che la consegna entro o ad una certa data determinata è essenziale».

Può rinvenirsi una certa contiguità fra la norma in esame e quanto **stabilito dall'art. 1219 c.c., il quale prevede che il debitore è costituito automaticamente in mora quando ha dichiarato per iscritto di non voler adempiere.**

**La risoluzione che ha titolo nell'inadempimento dell'obbligazione di consegna legittima il consumatore a richiedere il risarcimento dei danni e impone al professionista di «rimborsargli senza indebito ritardo tutte le somme versate in esecuzione del contratto».**

In conclusione delle presenti riflessioni non rimane che volgere lo sguardo al passaggio del rischio <sup>(44)</sup>, la cui disciplina è ora **contenuta nell'art. 63 cod. cons.**, rubricato, appunto, passaggio del rischio. La detta norma ha un ambito **operativo abbastanza ristretto giacché si applica ai soli contratti di vendita che, naturalmente, implicano la spedizione o, comunque, la consegna differita del bene, con esclusione dei «contratti per la fornitura** di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su supporto materiale».

**A livello comunitario si è avvertita l'esigenza di tutelare il consumatore nelle ipotesi che i beni siano perduti o danneggiati durante il periodo della spedizione,** vista la probabile insorgenza, proprio in questi casi, di controversie relative al trasferimento del rischio; al riguardo l'art. 20 della direttiva individua il momento del passaggio del rischio in quello in cui il consumatore o un terzo da lui designato <sup>(45)</sup> e diverso dal vettore, acquisisca il possesso fisico dei beni.

**Il legislatore italiano ha riprodotto pressoché fedelmente la disposizione enucleata in sede comunitaria, creando così una netta frattura con quanto disposto dall'art. 1510 c.c.,** che dispone che «salvo patto o uso contrario, se la cosa venduta deve essere trasportata il venditore si libera dall'obbligo della consegna rimettendo la cosa al vettore o allo spedizioniere [...]». Sicché in base a tale disposizione la consegna della merce al vettore attua l'obbligazione di consegna del venditore, ma v'è di più dal momento che comporta anche che all'acquirente venga trasferito il rischio della cosa, della quale egli è già proprietario in virtù del principio del consenso traslativo.

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

Come è stato attentamente messo in luce dalla dottrina<sup>(46)</sup>, è necessario distinguere il rischio del fortuito perimento o danneggiamento del bene (che è a carico del compratore per effetto del disposto degli artt. 1376, 1378 e 1465 c.c.) **dal «rischio del trasporto»** per esso intendendosi il rischio del perimento o danneggiamento della *res* per fatto imputabile al vettore. **La norma di cui all'art. 1510 c.c. concerne quest'ultimo rischio, predisponendo una disciplina fortemente penalizzante per il compratore il quale è costretto a sopportarlo senza che effettivamente abbia ancora la materiale disponibilità del bene acquistato.**

L'art. 63 c. cons.<sup>(47)</sup>, invece, accolla il rischio del trasporto al venditore fino al momento in cui il consumatore riceve effettivamente il bene oggetto del contratto, con la conseguenza che la consegna al vettore non è più sufficiente a liberare il venditore per i difetti insorti da questo momento in poi, e quindi verificatisi durante il trasporto. Ma soprattutto nelle vendite con spedizione, l'art. 63 contiene una rilevante deroga al principio *res perit domino*, anche con riguardo al perimento o danneggiamento delle merci fortuitamente verificatosi durante il trasporto, assimilando la vendita con spedizione ad una «vendita con consegna all'arrivo», per effetto della quale può presumersi che le parti abbiano inteso affermare che il rischio del perimento della cosa rimanga in capo al venditore sino alla consegna, sebbene la proprietà di essa possa già essere stata trasferita all'acquirente.

Con riguardo al rischio del fortuito perimento del bene, la dottrina discuteva sulla permanenza del principio *res perit domino*; infatti mentre alcuni autori<sup>(48)</sup> continuavano a ritenere giustificata, nelle vendite suddette, la regola del consenso traslativo, con la conseguenza di ritenere precluso al consumatore l'esercizio del diritto di recesso, altra dottrina<sup>(49)</sup>, accogliendo la *ratio* della disciplina considerava tale regola inapplicabile. Si osservava, infatti, che lo scopo degli abrogati artt. 45 ss. c. cons. era quello di tutelare il consumatore, tutela che sarebbe rimasta inattuata applicando il principio *res perit domino* in quanto, considerando il consumatore proprietario dal momento della consegna o dell'individuazione della cosa, il successivo fortuito perimento della stessa gli avrebbe precluso l'esercizio del diritto di recesso.

Secondo questa impostazione allora, se gli eventi pregiudizievoli si fossero verificati dopo la consegna della merce e prima dell'esercizio del diritto di recesso, il relativo rischio sarebbe stato posto a carico del venditore, in quanto il recesso, operando retroattivamente, avrebbe rimosso *ab origine* l'effetto reale.

**L'esigenza di superare la regola del consenso traslativo, già avvertita prima della novella, si impone a maggior ragione con riguardo al c.d. rischio del trasporto** perché nelle ipotesi di vendite con spedizione (come quelle a distanza o fuori dei locali commerciali), il perimento delle merci dopo la consegna al vettore graverebbe sul consumatore, impedendogli di esercitare il diritto di recesso. **La norma di cui all'art. 63 c. cons. si propone di dare risposta a questa esigenza; infatti la deroga al principio *res perit domino* può implicitamente ricavarsi dal nuovo art. 57, comma 2 c. cons., che considera il consumatore «responsabile unicamente della diminuzione di del valore dei beni risultante da una manipolazione dei beni diversa da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni», lasciando intendere che tutte le altre vicende relative ai beni non imputabili ad una condotta «abusiva» del consumatore saranno a carico del professionista, nonostante il consumatore sia divenuto proprietario del bene.**

Con riferimento specifico alle vendite con trasporto, l'inserimento dell'art. 63 c. cons. segna il definitivo superamento della regola *res perit domino*, prevedendo che i rischi siano mantenuti in capo al professionista fino a quando il «consumatore, o un terzo da lui designato e diverso dal vettore, entra materialmente in possesso dei beni».

Alla luce di tali considerazioni è possibile affermare che nelle vendite con spedizione dei beni di consumo, la norma in esame, combinato con l'art. 130 c. cons. (che stabilisce che «il venditore è responsabile per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene»), **determina una unificazione del regime del rischio del fortuito perimento e quello relativo ai rischi del trasporto accogliendo, in alternativa al tradizionale criterio proprietario, il diverso**

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

**criterio della consegna dei beni.** In altri termini, «la coppia degli artt. 63 e 130 c. cons. radicalizza lo scostamento della vendita consumeristica di beni mobili da quel modello codicistico di compravendita tuttora dominato dal modello traslativo e nel quale la *traditio* del bene è prestazione ancillare. Nella vendita di beni di consumo la **consegna è prestazione fondamentale**, identificativa del momento dal quale il professionista venditore si spoglia di qualsiasi rischio riguardante il bene nonostante sia già intervenuto il trasferimento della proprietà per effetto del principio consensualistico» <sup>(50)</sup>.

È importante sottolineare che, mentre il comma 1 dell'art. 63 collega il momento del passaggio del rischio al fatto oggettivo della consegna dei beni al consumatore o ad un soggetto da lui designato e diverso dal vettore <sup>(51)</sup>, il comma 2 della medesima norma ripropone la struttura della vendita con spedizione e collega il momento del passaggio del rischio ad un fatto soggettivo costituito dalla scelta del vettore da parte del consumatore. La *ratio* di tale scelta legislativa si deve rintracciare nella circostanza che il vettore scelto dal consumatore assume, *ex lege*, le vesti di un suo ausiliario e, pertanto, la rimessione dei beni a quest'ultimo si considera, per una *fictio iuris*, come materiale apprensione da parte del consumatore, sul quale conseguentemente graveranno i rischi del fortuito perimento del bene e del trasporto.

In virtù delle brevi riflessioni svolte sinora, appare quasi naturale, se non inevitabile concludere per la necessità di una riforma organica del diritto dei contratti, diretta all'omogeneità tra la disciplina codicistica e quella di settore, suggerendo quest'ultima, sulla scorta della riforma, una rivisitazione dei contratti dei consumatori in termini di contratti reali, potendosi ritenere in tale ambito definitivamente tramontato il principio consensualistico.