

## Capitolo I

### L'armonizzazione massima, parziale e temperata, della direttiva 771/2019/UE: una prima lettura

**SOMMARIO:** 1. Prologo: l'effetto di "discontinuità" di un'armonizzazione massima nel prisma della sua *densità normativa*. – 2. Vendita di beni di consumo e ragioni di un'armonizzazione *a maxima* ma *parziale* e *temperata*. – 3. Il significato corrente di un art. 135, 1° comma, c. cons. quale dispositivo incorporante una deroga *in melius*. La "via" italiana sull'onere della prova prima e dopo Cass. S.U. 11748/2019. – 4. L'art. 135, 1° comma ed un'*ibridizzazione* secondo la variabile di un'applicazione congiunta di regole? Confutazione. – 5. Art. 135, 1° comma e regola legislativa di specialità. Chiose. – 6. Primo intermezzo, in Francia, sul concetto di armonizzazione minima nell'ottica di una *consumer sovereignty*. – 7. Armonizzazione piena *v.* norma più favorevole. – 8. Armonizzazione piena *v.* sussidiarietà quale canone di soluzione dei conflitti tra norme. – 9. L'armonizzazione estensiva del *Considerando* 21. – 10. L'immagine riveduta dalla 771 di una gerarchia piramidale dei rimedi. – 11. Armonizzazione massima e "regresso" di tutela del compratore consumatore? L'immagine (piuttosto) di un *surplus* di protezione. – 12. Secondo intermezzo: chiose a margine di Cass. S.U. 18672/2019 (anche) alla luce dell'art. 16, par. 1, direttiva 771/2019. – 13. L'armonizzazione massima parziale tra perimetro applicativo e campo di influenza. – 14. Epilogo *de iure condendo*: concorso *v.* canone di compatibilità in un primo trittico di fattispecie. – Postilla.

#### **1. Prologo: l'effetto di "discontinuità" di un'armonizzazione massima nel prisma della sua *densità normativa*.**

Da un diritto *alle* o *delle* "differenze", la cui epifania sia variabilmente riconnessa all'esistenza di plessi normativi differenziati vuoi "per *am-*

bito, per fonti [e/o] per modalità di interpretazione”<sup>1</sup>, ad un diritto armonizzato preso sul serio?

Potremmo avviare così il nostro dire, naturalmente sul sottinteso che un’armonizzazione calata dall’alto, e quindi *top down*, sia “un bene”<sup>2</sup> e meglio incrementi il livello di omogeneità delle regole altrimenti affidate al frenetico attivismo di una CGUE che, nel corso dell’ultimo decennio, ha integrato *funditus* la tessitura del diritto europeo attraverso il medio, come sappiamo, di un’interpretazione conforme demolitiva, in nome di un’effettività della tutela, di una miriade di norme nazionali “ritenute ambigue o inadeguate”<sup>3</sup>. Certo, ragionare nel tempo presente di un’uniformazione giuridica europea “può apparire ... paradossale”<sup>4</sup>: ma è un fatto che, per il gioco combinato di due direttive coeve, la 770/2019, sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali e la 771, relativa invece a determinati aspetti della vendita di beni, l’ascesa di un diritto giurisprudenziale della vendita *b2c*, che stava cominciando ad affacciarsi<sup>5</sup>, segna una marcata battuta d’arresto, soppiantato com’è da un corposo disegno di armonizzazione delle discipline nazionali dei contratti di compravendita mobiliare<sup>6</sup>. Un’armonizzazione *a maxima*, lo vedremo, limita la concorrenza (e la collisione) tra ordinamenti, generando un effetto di “discontinuità” che è fortemente *ideologico* per almeno due motivi: se da

<sup>1</sup> Così, con l’abituale finezza, DI MAJO, *L’attività di armonizzazione nel diritto privato. Il diritto alle e/o delle differenze*, in O. TROIANO-RIZZELLI-MILETTI (a cura di), *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, 2004, 327 (c.vo nel testo).

<sup>2</sup> Così R. PARDOLESI, *Armonizzazione giuridica comunitaria e codici nazionali: rapporti e tensioni*, in *Harmonisation involves history?*, cit., 172.

<sup>3</sup> Cfr. CAFAGGI-CASAROSA, *L’effettività dei rimedi nelle interazioni giudiziali fra corti nazionali e corti europee*, in P. GALLO-MAGRI-SALVADORI (a cura di), *L’armonizzazione del diritto europeo: il ruolo delle Corti*, Milano, 2017, 56. Più di un utile spunto, al riguardo, si incontra pure nel volume CAFAGGI-LAW (a cura di), *Judicial dialogue in European private law*, Edward Elgar, 2017.

<sup>4</sup> Così P. GALLO, *L’armonizzazione del diritto e il ruolo delle corti*, in *L’armonizzazione del diritto europeo: il ruolo delle Corti*, cit., 121.

<sup>5</sup> Seguendo un itinerario che, inaugurato da *Quelle* nel 2008, approda nel maggio del 2019 a *Toolport GmbH*, inframezzato da un settetto di decisioni tutte di notevole spessore per le loro ricadute sistematiche.

<sup>6</sup> V., adesso, ALPA, *Aspetti delle nuove discipline delle vendite nell’Unione europea*, in *Contratto e impresa*, 2019, 825.

un lato infatti corazza una *confiance* consumeristica delusa da una (subotimale) armonizzazione minima<sup>7</sup>, dall'altra, postulando l'*egemonia* di una determinata disciplina, disegna una traiettoria respingente "le differenze di quanto da ess[a] diverso"<sup>8</sup>. Dopo di che, è vero, niente è "*moins simple*" della "*simplicité apparente*" che trasmette il sintagma "armonizzazione massima" in quanto, perché in tutti gli Stati membri si abbia una ricezione "*dans les mêmes termes*", occorre sia che la direttiva si mostri puntuale sul piano di quella nomenclatura definitoria che ne delimita il perimetro applicativo (vendita, difetto di conformità, consegna, ecc.) sia che adotti delle qualificazioni sperimentate, tendenzialmente immuni dal presentare una qualche "*difficulté de réception*"<sup>9</sup>. E la 771/2019, percorsa com'è tanto da sbavature terminologiche che da un uso incipiente di concetti indeterminati ("notevoli inconvenienti", "periodo ragionevole", "lieve entità", "senza spese", ecc.), una siffatta "grammatica" non la restituisce linearmente. Il punto è risaputo ma conviene esplicitarlo: una vaghezza definitoria, se non è dirimente quando l'armonizzazione sia minima, diventa speciosa allorché gli Stati dovrebbero scrupolosamente "*respecter*" le disposizioni europee nel campo "*d'application assignée*"<sup>10</sup>. Emble-

---

<sup>7</sup> Ben lontana, evidentemente, dall'assecondare i meccanismi di efficienza del mercato. È bene rammentare che il Regolamento (CE) n. 593/2008 (Roma I) prevede che le imprese negozianti con consumatori di altri Stati membri sono tenute ad osservare le norme imperative di diritto contrattuale previste nel Paese di residenza abituale del consumatore. Di conseguenza ove, com'è, queste norme differiscano fra gli Stati membri, le imprese, anziché sostenere dei costi aggiuntivi, si sono (negli anni) per lo più orientate a preferire una negoziazione nel loro mercato interno, limitando così al minimo il commercio transfrontaliero. Come scrive adesso FERRANTE, *La direttiva 19/771/UE in materia di vendita al consumo: primi appunti*, in *AdC*, 2018, diretto da D'Angelo e Roppo, Torino, 2019, 26 (nt. 9), la direttiva 44/99 non aveva creato la figura di «un vero compratore europeo di beni di consumo».

<sup>8</sup> Così DI MAJO, *L'attività di armonizzazione nel diritto privato. Il diritto alle e/o delle differenze*, cit., 328 e 334 (ove poi il rilievo che l'armonizzazione non è in sé un'"operazione asettica e neutra": c.vo nel testo) e ROCHFELD, *Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale: la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne*, in *D.*, 2009, *Chron.*, 2047 ss. Più analiticamente potremmo dire che un'armonizzazione massima si applica a *qualsiasi* norma nazionale che interferisca con o rientri nel suo raggio di applicazione pregiudicandone, va da sé, l'effettività.

<sup>9</sup> Così ROCHFELD, *op. ult. cit.*, 2049.

<sup>10</sup> Cfr. ROCHFELD, *op. loc. ult. cit.*, Una lucida pagina di FALZEA, *Effettività del diritto europeo*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Lipari, Napoli,

ma di “diritti” che il consumatore dovrebbe far valere “*sans juge*”, a guisa perciò di una *Ent-Vergerichtlichkeit*<sup>11</sup>, la direttiva 771 con troppi chiaroscuri obbliga invero il consumatore a “*favoriser un mode pacifiste de règlement du différend en s’adressant d’abord au vendeur*”<sup>12</sup>. Anche se, prima di tutto, bisogna forse intendersi, non foss’altro per ragioni di pulizia concettuale, sulla terminologia, non di rado invece lasca, maneggiata dall’interprete.

Ogni armonizzazione, minima o massima, può infatti essere *piena* (*seu completa*) o *parziale*: e la 771/2019 è senza dubbio una direttiva che persegue, rispetto alla regola di *conformità* che disciplina, un’armonizzazione *globale* delle disposizioni degli Stati membri, ma *non* è (*cave!*) una direttiva che pratichi un’armonizzazione *completa* del campo della *responsabilità contrattuale* del venditore nei confronti di un consumatore acquirente. Il segmento A) dei vizi occulti e B) del risarcimento del danno, quello C) dell’eccezione di inadempimento ed il regime D) delle obbligazioni restitutorie da risoluzione sono profili, a tacer d’altro come vedremo, che invero le rimangono estranei. *Armonizzazione massima parziale* è allora l’etichetta che più le se addice, dandosi un succoso inventario di fattispecie, rientranti nella sfera applicativa del diritto europeo, senza che la normativa UE li *regga*. Quando il *Considerando* 21 recita di una direttiva che lascia “impregiudicata” la facoltà degli Stati nazionali di prevedere il diritto per il consumatore “di rifiutare i beni difettosi e di considerare il contratto denunciato” è al *right of reject* anglosassone cui pensa: un rimedio che, in quanto va direttamente ad impattare su quell’inadempimento del venditore che la direttiva

---

1998, è, per altro, eloquente: “lo *statuto particolare*” del diritto derivato nazionale “si trova *tal quale* in tutti gli Stati dell’Unione” (c.vo aggiunto). La pre-comprensione di un siffatto discorso è l’armonizzazione massima vista come un congegno che, se si mostra idoneo ad “aumentare la concorrenzialità del sistema, è favorevole al consumatore»: così FERRANTE, *La direttiva 19/771/UE*, cit., 26.

<sup>11</sup> *De-giudizializzazione* è una possibile versione italiana della formula stipulativa suggerita da MICKLITZ, *La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa*, EUI Working Paper Law, 2010/09, 14.

<sup>12</sup> Così SAUPHANOR-BROUILLAUD-AUBERT DE VINCELLES-BRUNAUX-USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, in *Traité de droit civil sous la direction de Ghestin*, LGDJ, 2018<sup>2</sup>, 989. *Pacifiste* è, in effetti, un modo espressivo di indicare come la direttiva 771/2019 non contempra una qualche azione giudiziale a guisa di un rimedio necessario “à l’accomplissement de la loi” (984).

disciplina, non dovrebbe in realtà sopravvivere se la responsabilità per difetto di conformità andasse soggetta ad un'armonizzazione completa. Qui invece l'armonizzazione è sì massima epperò, stando al lessico preferito dalla CGUE in una discussa decisione del 2009<sup>13</sup>, “non esaustiva”. Non a caso, se la nozione di *conformità*, abolita la presunzione dell'odierno art. 129 c. cons., è nel monopolio esclusivo del diritto armonizzato (artt. 6 e 7 nonché *Considerando* 25)<sup>14</sup>, l'area dei *rimedi* (artt. 13-17) risulta invece tutta percorsa da un fiorire di interazioni, con livelli specifici di protezione nazionale che innervano l'effetto utile di un diritto derivato che, *Ferenschild* (C-133/16) *docet*<sup>15</sup>, può pure conoscere l'eccezione nazionale di un termine di prescrizione dell'azione del consumatore (art. 10, parr. 5-6 e *Considerando* 42). Nozione *trasversale*, che dalla vendita è trasmigrata alla inesatta prestazione di servizi (art. 43 c. tur.), la regola di conformità asseconda (in realtà) un riordino europeo delle classificazioni contrattuali condotto in chiave non della “*leur prestation caractéristique*” bensì funzionale alla creazione di un mercato unico<sup>16</sup>: e con una qualificazione del contratto servente ad uno scopo di *policy* regolamentare *market oriented*, è consequenziale che la conformità, come già accade del resto nel recitativo dell'art. 3, n. 13, direttiva 302/2015, vada resa impermeabile, passando da *un* contratto all'*altro* (art. 3, par. 2), ai particolarismi giuridici nazionali. Non altrettanto, ancora esemplificando, quando invece si faccia questione di garanzie convenzionali addizionali, con gli Stati nazionali lasciati liberi di imporne la *gratuità* (*Considerando* 62) ovvero, questa volta in sede di riparazione-sostituzione, per la discrezionalità dei legislatori domestici di irreggimentare il periodo di tempo ragionevole al ripristino entro il recinto normativo di termini perentori (*Considerando* 55)<sup>17</sup>. In taluni interstizi

---

<sup>13</sup> CGUE, 4 giugno 2009, C-285/08, *Moteurs Leroy Somer c. Dalkia France e Ace Europe*.

<sup>14</sup> Dove, non a caso, si legge che “è essenziale armonizzare pienamente le norme per determinare la conformità dei beni. Qualsiasi riferimento alla conformità nella presente direttiva andrebbe ricollegato alla conformità dei beni con il contratto di vendita”.

<sup>15</sup> CGUE, 13 luglio 2017, *Ferenschild c. JPC Motor SA*.

<sup>16</sup> Così SAUPHANOR-BROUILLAUD e altri, *Les contrats de consommation. Règles communes*, cit., 941.

<sup>17</sup> Sul modello, viene istintivo il parallelismo, degli artt. 56, 1° comma e 57, 1° comma, c. cons., nell'ottica di neutralizzare condotte dilatorie del professionista: anche se

della 771 assistiamo persino ad una *quasi-prevalenza* del diritto interno degli Stati membri: come documentano, in una maniera diremmo paradigmatica, gli artt. 9 (sui diritti dei terzi) e 13, par. 6 (quanto alla definizione delle condizioni e modalità legittimanti il consumatore ad esercitare “il diritto di rifiutare il pagamento”). Chiedersi, in un siffatto contesto, quale sia il grado di disarmonizzazione o di discrepanza *tollerabile*<sup>18</sup>, di là dall’innegabile esigenza di mantenere un minimo di coerenza sistematica agli ordinamenti nazionali, non sarebbe va da sé una domanda dal contenuto retorico.

Se così è, potremmo allora, con più di un costruito, pensare che l’effetto di “discontinuità” della 771/2019 sia tutto, in realtà, un problema di *densità* normativa dello statuto (ri)armonizzato, perché ogni diritto comune nazionale mantiene sì un suo raggio di azione nel perimetro applicativo della direttiva da trasporre ma in una maniera che, diremmo, è sempre *inversamente proporzionale* al tasso di *completezza* della disciplina di *f.b.* che il legislatore europeo abbia adottato<sup>19</sup>. Tradotto, c’è sì al momento, sunteggiando corposamente il discorso, una direttiva 771 che formalizza uno standard europeo *inderogabile* dei diritti del consumatore (art. 21): ma la sua *esclusività* dipende dal grado di intensità normativa che la sorregge perché, se non si versa in un settore “esautivamente armonizzato”<sup>20</sup>, l’operatività degli standard di tutela nazio-

---

la norma eponima è quella francese (art. L. 221-10, 2° comma, n. 1, *code consomm.*), già contemplante la facoltà per il consumatore, se il ripristino non avviene entro un mese “*suivant la réclamation*”, di agire in via edilizia. Nella letteratura italiana è critico, al riguardo, MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2020<sup>4</sup>, 473, che evidenzia come la stragiudizialità, qui improntante l’intero svolgimento della tutela consumeristica, dovrebbe lasciar preferire «l’elasticità di termini rimessi alla valutazione delle parti».

<sup>18</sup> V. S. PATTI, “*Diversità, armonizzazione, unificazione e codificazione*”: le tappe di un difficile percorso, in *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*. Materiali del seminario dell’8-9 novembre 2002, raccolti da Alpa-Danovi, Milano, 2004, 59.

<sup>19</sup> V., per una convincente prospettazione di un siffatto metodo, che l’autrice lega principalmente alla tematica dei controllimiti, BARTOLONI, *Ambito d’applicazione del diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, 94-99.

<sup>20</sup> Così Bartoloni, *L’apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Unione europea*, 2019, 62. Civilisticamente, l’intuizione di questo discorso è già in P. SCHLECHTRIEM, *Riflessioni per l’armonizzazione del diritto della vendita al consumatore attraverso la di-*

nali rimane intatta, secondo una logica di *concorso* tra diritto derivato e comune. *Armonizzazione massima parziale* (o *limitata*) questo infatti sta a significare: che è la densità della direttiva a graduare l'*an* e l'ampiezza del *concorso* di sistemi di tutela differenti all'interno di un "ambito d'applicazione del diritto UE"<sup>21</sup>. Dopo di che, è vero che un'*armonizzazione massima completa* sopprime l'*ordo vetus* della tutela<sup>22</sup>, per la carenza va da sé di una competenza degli Stati ad adottare misure diverse, ma non è meno esatto notare che una *parzialità* della stessa rimescola invece le carte in quanto è il diritto comune nazionale che *integra* le zone non regolate, in quello stesso ambito, dalla normativa UE<sup>23</sup>. La densità normativa della direttiva crea, diremmo, un'interrelazione complessa di *hard* e *soft enforcement* del diritto armonizzato, all'insegna di un *bilanciamento* tra centralizzazione (*uniformity*) e decentramento (*local diversity*)<sup>24</sup>. Con un'avvertenza (a mo' di *caveat*): qui *integrare* sta ad indicare un diritto nazionale che si *affianca* alla normativa armonizzata nel regolare profili diversi da quelli disciplinati e lasciati *vuoti*. Il che tratteggia una tipologia di *concorso* ben diversa dalla *sovrapposizione* che si ha quando, seppur regolamentando un dato aspetto della materia, la direttiva di

---

rettiva europea sulla vendita dei beni di consumo, in *Annuario di diritto tedesco* 2000, a cura di S. Patti, Milano, 2001, 129 ss.

<sup>21</sup> Cfr. BARTOLONI, *op. ult. cit.*, 63. Nella letteratura civilistica a lumeggiare la questione già aveva provveduto LUMINOSO, *Chiose in chiaroscuro in margine al d. legisl. N. 24 del 2002*, in BIN-LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003, 93 ove, non a caso, si legge che tutto dipende "a seconda che la disciplina comunitaria sia diretta a regolare l'intero istituto o invece singoli aspetti ovvero questioni particolari". Adesso è pure FERRANTE, *La direttiva 18/771/UE*, cit., 47 incline a riconoscere che, nelle ipotesi di lacune, «l'armonizzazione non sarà né *massima* né *minima*» (c.vo aggiunto).

<sup>22</sup> V., in luogo di tanti, HOWELLS, *European Consumer Law. The Minimal and Maximal Harmonisation Debate and Pro Independent Consumer Law Competence*, in *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Grundmann-Stuyck (eds.), The Hague, Kluwer Law International, 2002, 76 ss.

<sup>23</sup> Nel quadro di una "rigorosa ripartizione tra sfere di competenza dei sistemi di tutela" (così BARTOLONI, *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, cit., 61), è – diremmo – un concentrato normativo, in senso scalare, di imperio e di complementarietà delle tutele.

<sup>24</sup> V. MILLER, *The Emergence of EU Contract Law. Exploring Europeanization*, Oxford University Press, 2011, 83 ss.

*f.b.* consente espressamente un diritto derivato *in melius*, con degli Stati membri ammessi a *disporre diversamente*. È qui che il (diverso) neologismo di un'armonizzazione massima mirata (*targeted full harmonisation*) mostra tutta la sua pregnanza semantica<sup>25</sup>, selezionando quegli aspetti della vendita ai quali il legislatore europeo reputa che si mostri più consona la *flessibilità* di un'armonizzazione minima. Nella 771, come vedremo, queste *due forme* di armonizzazione massima si intrecciano, tratteggiando il paradigma di una *doppia* disarmonia, i cui luoghi di evidenza normativa sono, rispettivamente, gli artt. 3, par. 6 e 7, 13, par. 6, 16, par. 3, 17, par. 4 e 18, tutti casi (vedremo) di integrazione domestica, seguiti dagli artt. 3, par. 5, 10, par. 3, 5-6, 11, par. 2, 12 e 13, par. 7, illustranti per riflesso il segmento normativo ove viene invece accordato agli Stati un margine legittimante la confezione di una tutela *più garantista*<sup>26</sup>. L'armonizzazione è infatti su "determinati aspetti", e sottoaspetti ci verrebbe da aggiungere, dei contratti di vendita mobiliare: con il risultato di una doppia disarmonia che affiancherà così, dal 1° gennaio 2022, l'interesse "a preservare [un] grado di uniformità della disciplina"<sup>27</sup>, senza perciò una estromissione totale, a motivo di una *complanare coesistenza/sostituzione*, delle normative nazionali dall'orizzonte della tutela consumeristica<sup>28</sup>. è soltanto il *common core* di un micro-sistema, ormai transtipico<sup>29</sup>, della conformità che viene infatti a ricevere, e lo evidenzieremo, un'assorbente armonizzazione esaustiva.

Naturalmente, è una *frammentarietà*, a geometria mutevole, l'immagine che questo specchio riflette: epperò, seppur munita di una varietà di combinazioni, rimane una frammentarietà molto diversa da quella con-

---

<sup>25</sup> Evidente l'allusione al noto saggio di MICKLITZ, *The targeted full harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain*, in HOWELLS-R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier, Monaco, 2009, 48 ss.

<sup>26</sup> Tecnicamente, ci vien fatto di dire, laddove consente il conio di una norma più rigorosa, in realtà la 771 *degrada* rispetto al suo marchio di origine, atteggiandosi come se fosse di armonizzazione minima.

<sup>27</sup> Così BARTOLONI, *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, cit., 64.

<sup>28</sup> *Incidenter* notiamo che, pure nelle situazioni in cui la direttiva 771/2019 non contempla espressamente il rinvio al diritto di uno Stato membro, l'applicazione della normativa nazionale può mostrarsi *necessaria*. *Amplius*, in MICKLITZ, *La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa*, cit., 38 ss.

<sup>29</sup> V. pure MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 450 ss.



sustanziale, lo vedremo, al canone materiale di una *tutela più intensa* (per il consumatore). Circoscritta infatti com'è al novero delle fattispecie dischiudenti o un *completamento* della disciplina armonizzata o un testuale *upgrade sostitutivo*, questa frammentarietà stilizza invero un *concorso di regole* che non mette a repentaglio “l’unitarietà del parametro di validità della normativa europea e di quella nazionale ad essa ‘collegata’”<sup>30</sup>. In breve, c’è una linea di confine *mobile* ma la regge un principio di legalità che, quantunque riadattato, risolve il conflitto tra standard di tutela, schermando, nello stesso modo<sup>31</sup>, anche la “dottrina” delle Corti nazionali. Vero, insomma, che un’armonizzazione siffatta è un dispositivo complesso: ma, laddove la coppia integrazione-sostituzione *non opera*, è pur sempre a motivo di una valenza preminente riservata dall’Unione all’interesse per “l’eliminazione di qualsiasi elemento di disarmonia a livello nazionale”<sup>32</sup>. Ogni integrazione *in melius* diventa così un fuor d’opera giacché è soltanto nei casi di lacuna e di un’eccezione testuale che una *f.b.* parziale ammette il connubio di regole nazionali (o di interpretazioni giurisprudenziali) fissanti un *accresciuto*, e per ciò stesso diverso, livello di garanzia consumeristica. Quando Cass. 14775/2019 adesso sentenza che, fuori dalla regola di conformità e come previsto dall’art. 135 c. cons., “... in tutti gli altri casi di inadempimento ... ricorrono le regole ordinarie”<sup>33</sup>, è in realtà a metà del guado che ci si ferma. Se infatti il *grado* dell’armonizzazione non va confuso con la sua *portata*, con una disciplina europea che *non* riguarda *tutti* gli aspetti della vendita consumeristica raccolti o menzionati nella direttiva 771/2019, il vincolo di *f.b.* risulta applicabile – stiamo dicendo – soltanto negli aspetti regolati.

Dopo di che, se la *proibizione* di norme nazionali dissonanti vale sol-

---

<sup>30</sup> Cfr. BARTOLONI, *L’apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, cit., 59.

<sup>31</sup> V. *infra* parr. 3 e 12.

<sup>32</sup> Così, seppur in un altro contesto, BARTOLONI, *L’apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, cit., 64.

<sup>33</sup> V. Cass. 30 maggio 2019, n. 14775: nella specie, la Cassazione ha rigettato l’impugnazione avverso una decisione con cui era stata esclusa la responsabilità, ai sensi dell’art. 130 c. cons., di un concessionario di automobili, stante il giudicato formatosi sull’inesistenza di difetti originari del bene.

tanto, lo dice bene la direttiva 48/2008/CE, nelle materie armonizzate (*Considerando* 9), i delicati problemi di coordinamento posti dalla 771/2019 non sono banalmente ordinabili all'insegna di un *dentro* o *fuori* dal perimetro applicativo o dalla sfera di influenza della direttiva. Al netto degli effetti di *spillover* del diritto armonizzato, la logica di un dentro o fuori serve infatti unicamente ad esplicitare l'ovvietà che una regola di conformità *b2b* non fa parte degli aspetti che la presente direttiva *possa* disciplinare<sup>34</sup>. È piuttosto sul *tasso di esaustività* della normativa armonizzata che bisogna invece riflettere, in quanto è su questo terreno che si misura l'autentico spazio di azione dei diritti nazionali, con una rilevanza *scalare* del margine di discrezionalità degli Stati membri<sup>35</sup>. Se ogni direttiva di armonizzazione esaustiva (o completa) è pure, quasi necessariamente, di armonizzazione massima, non è vero l'inverso in quanto, stiamo dicendo, non ogni armonizzazione massima, come proprio la 771 attesta, è *de facto* un'armonizzazione esaustiva<sup>36</sup>, cioè un tipo di armonizzazione ove l'egemonia dello statuto europeo è *esclusiva* e, in ragione della sua autosufficienza, pretermisiva di un coordinamento tra diverse legislazioni<sup>37</sup>. *Queste* poi, detto per inciso, potrebbero esser pure di matrice europea o, come recita ricorsivamente l'art. 67, 1° comma, c. cons., adottate in conformità ad altre norme comunitarie. Da questo versante la sovrapposizione tra la 771 ed una direttiva 93/2013, che contamina la non vincolatività dell'art. 21 in almeno tre luoghi (art. 33,

<sup>34</sup> V. anche FERRANTE, *La direttiva 19/771/UE*, cit., 34.

<sup>35</sup> V., da ultimo, CGUE, 6 dicembre 2018, FENS *spol. s.r.o. c. Slovenská republika-Úrad pre reguláciu sietových odvetví*, C-305/17. Testualmente in CGUE, 10 settembre 2014, *Vilniaus energija* UAB si legge che, ove un settore abbia formato oggetto di un'armonizzazione esaustiva a livello dell'Unione europea, "qualunque provvedimento nazionale in materia dev'essere valutato sulla base delle disposizioni di tale misura di armonizzazione e non di quelle del diritto primario" (c.vo aggiunto). In precedenza, tra le tante, v. CGUE, 16 dicembre 2008, C-205/07, *Gysbrechts* nonché CGUE, 8 aprile 2003, *Pippig Augenoptik*, C-44/01. Ecco per quale ragione nutriamo più di un dubbio sulla perentorietà dell'affermazione di una direttiva che «dovrà calarsi a forza nel tessuto preesistente senza "se" e senza "ma"»: così FERRANTE, *La direttiva 18/771/UE*, cit., 41.

<sup>36</sup> Il distinguo praticato nel testo, tra un'armonizzazione completa e massima, nella versione inglese delle direttive solitamente scompare, utilizzandosi spesso un unico termine ("*full harmonisation*").

<sup>37</sup> In questo senso può condividersi il rilievo, altrimenti sviante, di un consumatore che «resta *civis*»: così FERRANTE, *La direttiva 18/771/UE*, cit., 52.

2° comma, lett. b, p e t, c. cons.), è nitida e corredata dell'appendice insidiosa di un art. 7, par. 5 ove il nesso tra predisposizione unilaterale del contratto e causa di esclusione della responsabilità è affidato ad un formalismo rispolverante l'art. 1341, 2° comma, c.c.<sup>38</sup>: mentre, notiamo, rimane tutto da esplorare tanto il rapporto tra la 771 e, per il medio della sua gemella direttiva 770/2019, il GDPR<sup>39</sup> quanto il coordinamento tra la 771 e la direttiva 374/85/CEE.

La residualità non è perciò, ecco l'ultima riflessione preliminare da farsi, un attributo pertinente al solo diritto interno.

Ma è meglio, vista la *complessità* di fonti che si intrecciano, se procediamo con un maggior ordine.

## 2. Vendita di beni di consumo e ragioni di un'armonizzazione *a maxima ma parziale e temperata*.

Potremmo (ri)cominciare così: preso alla lettera, il nuovo *incipit* europeo non ha in sé nulla di rivoluzionario: dopo infatti un tormentato percorso legislativo che ha attraversato un intero decennio<sup>40</sup>, abrogan-

---

<sup>38</sup>Con una formulazione tutt'altro che impeccabile, la 771 recita di un difetto di conformità che “*non vi è*” se il consumatore, “... specificamente informato del fatto che una caratteristica particolare del bene si discostava dai requisiti oggettivi di conformità previsti al parr. 1 o 3”, ha “espressamente e separatamente accettato tale scostamento” *al momento della stipula*. Ora, al netto della circostanza che a mancare qui *non è* la difformità materiale del bene, in quanto in concreto *essa ricorre*, bensì la sua rilevanza per una responsabilità del venditore ai sensi della 771, il dispositivo europeo sembra dunque testualmente ammettere una *deroga* ai criteri di conformità subordinandola alla *doppia condizione* di una conoscenza ed accettazione espressa dello stato dei beni. Il che, se da un lato avvalorava la critica sul rischio di un'espansione surrettizia di quelle clausole di stile “*spécifiant l'acceptation du bien “en l'état”*” (così AUBERT DE VINCELLES, *Obs, in Contrats, conc., consom.*, 2018, *Chron.* 2, n. 22), dall'altro deve indurre ad una riduzione teleologica dell'immunità, infeudandola nel recinto di una consapevolezza effettiva e responsabile del consumatore: la cui acquiescenza potrebbe per es. dipendere dalla negoziazione di un prezzo inferiore a quello di mercato.

<sup>39</sup>Già elegantemente lumeggiato da CAMARDI, *Le regole speciali dettate per i “beni con elementi digitali” e la nozione di difetto di conformità nella direttiva sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giust. civ.*, 2019, 499 ss.

<sup>40</sup>Le tappe, sunteggiando al massimo il discorso, sono arcinote: 8 ottobre 2008, Proposta di direttiva sui diritti del consumatore (COM (2008) 614) riproduttiva, ma in

do la 44/99/CE, la direttiva 771/2019 mira, leggiamo, a “garantire il giusto equilibrio tra il conseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori e la promozione della competitività delle imprese, assicurando al tempo stesso il rispetto del principio di sussidiarietà” (*Considerando 2*). Come si legge nell’art. 4, ai sensi del quale “gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale *disposizioni divergenti* da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni *più o meno severe* per garantire al consumatore un *livello di tutela diverso*”, ad appropriarsi della scena è però una direttiva di *armonizzazione massima*, così confezionata sul sottinteso ideologico, già espresso a chiare lettere nel *Considerando 62* della direttiva 83/2011/UE, che delle “*norme pienamente armonizzate* su taluni aspetti essenziali del diritto contrattuale ... dovrebbero rendere più facile per le imprese ... offrire i

---

una cornice di armonizzazione massima, del testo della 44/99 (v., al riguardo, SCHULTE-NÖLKE-TICHY (eds.), *Perspectives for European Consumer Law. Toward a Directive on Consumer Rights and Beyond*, Sellier, 2010 nonché WHITTAKER, *Clauses abusives et garanties des consommateurs: la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l’“harmonisation complète”*, in *D.*, 2009, 1152), naufragata, proprio a motivo di una preclusione nazionale ad innalzare il livello di tutela, e sostituita l’11 ottobre del 2011 da una Proposta di Regolamento opzionale per un diritto comune europeo della vendita (CESL), contemplante invece un regime normativo molto simile a quello della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili. Caduta nel 2015 anche la suddetta proposta, dopo un tentativo del Parlamento europeo di limitarla ai contratti transfrontalieri conclusi *online*, la Commissione torna a privilegiare l’idea di un’armonizzazione confezionando il 9 dicembre 2015 due nuove proposte di direttiva, una relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale (*Com 634*) e l’altra concernente taluni aspetti dei contratti di vendita *online* e di altri tipi di vendita a distanza di beni (*Com. 635*), testi ambedue di armonizzazione massima e, nell’ottica di riformare la garanzia di conformità, ricalcanti la cifra normativa del Regolamento opzionale. Complice la circostanza che un rifacimento della 44/99 circoscritto alla sola vendita a distanza avrebbe però prodotto l’effetto di consegnare la materia ad uno spiccato particolarismo giuridico, il 23 maggio 2017 la Commissione ritorna sui suoi passi e si orienta per l’adozione di un dispositivo pensato per unificare la disciplina delle vendite, *online* e *face to face*, di beni mobili. Da prodromo dell’odierna direttiva è così, il 31 ottobre 2017, un atto formalizzante la proposta della Commissione di una revisione della 44/99 senza distinguere in ordine alla modalità di stipula del contratto di vendita.

Per un’aggiornata panoramica del dibattito, in lingua italiana, v. il succoso contributo di G. DE CRISTOFARO, *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, in *Contratti*, 2019, 189, al quale fa eco FERRANTE, *La direttiva 19/771/UE*, cit., 26 ss., e la pagina ficcante di ALPA, *Aspetti delle nuove discipline delle vendite nell’Unione europea*, cit., 828.

loro prodotti in altri Stati membri”, assicurando nel contempo ai consumatori “un livello elevato di protezione” (*Considerando* 10). Se dunque l’armonizzazione, tolti i luoghi nei quali il diritto nazionale non viene totalmente estromesso, è allora *strong*, di immediata evidenza si mostra il ribaltamento di *policy* che si è inteso praticare rispetto all’attuale regime normativo: notoriamente abbigliato invece con i panni di un’*armonizzazione minima* che non è un caso se, viste le divergenze significative insorte in sede di recepimento della direttiva 44/99, si è meritata, nel corso degli anni, l’appellativo di un vestito di Arlecchino<sup>41</sup>. La *vexata quaestio* sulla gerarchia dei rimedi invocabili, vivacemente contestata dai fautori di una *libera scelta* del consumatore e talora legalizzata nella versione di un’*electio* condizionata ad un diritto del venditore ad un tempestivo adempimento correttivo (la c.d. seconda *chance* di esecuzione)<sup>42</sup>, è l’emblema di una siffatta stagione: ma un interprete appena avvertito sa bene pure, come subito proveremo a riassumere, che proprio l’esperienza italiana è annoverabile tra i modelli di recezione più laschi e dai contorni mistilinei.

### 3. Il significato corrente di un art. 135, 1° comma, c. cons. quale dispositivo incorporante una deroga *in melius*. La “via” italiana sull’onere della prova prima e dopo Cass. S.U. 11748/2019.

Sulla scorta di un recitativo vigente che vede il diritto derivato (artt. 128-134 c. cons.) non escludere né limitare “*i diritti* che sono attribuiti al consumatore da *altre* norme dell’ordinamento giuridico”, pochi dubbi ormai residuano sulla circostanza che il disposto dell’art. 135, 1° comma, c. cons. sia da riguardare, al pari del pregresso art. 1519 *nonies*

---

<sup>41</sup> V. DE CRISTOFARO-DE FRANCESCHI (eds.), *Consumer Sales in Europe. After the Implementation of the Consumer Rights Directive*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016. Una *harmonisation disparate* è l’espressione che mostrano di prediligere SAUPHANOR-BROUILLAUD e altri, *Les contrats de consommation. Règles communes*, cit., 937. V. pure FERRANTE, *La direttiva 19/771/UE*, cit., 26 che discorre di una «frammentazione nuova».

<sup>42</sup> Sul modello, perciò, dell’art. 8: 104 PDEC e dell’art. III.-3:202 DCFR. V. ALPA, *Aspetti delle nuove discipline delle vendite nell’Unione europea*, cit., 828 nonché MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 473 (ove il rilievo che il fantasma «della conversione del sistema gerarchico in una gabbia per l’acquirente» è una delle costanti di un dibattito vivacissimo tanto a livello nazionale che europeo).

c.c., come un precetto codificante una regola di *totale sovrapposizione* di regimi normativi<sup>43</sup>. E di qui l'idea, invalsa come maggioritaria, che il consumatore degli artt. 128 ss. c. cons. sia effigiabile come un soggetto ammesso pure a domandare, nella sua qualità di *compratore*, i rimedi di diritto comune, corrispondenti a quelli armonizzati ma diversamente disciplinati, ove *più favorevoli*<sup>44</sup>. Nonostante venga così ad innescarsi un particolarismo giuridico assai pronunciato<sup>45</sup>, allo stato il panorama delle varianti ammesse vede perciò dischiudersi, nell'ordine:

a) il caso di un consumatore al quale, se non vuole sottostare ad una subordinazione gerarchica dell'art. 130 c. cons. scopertamente incentrata sul primato della tutela manutentiva, è da subito consentito domandare la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto ai sensi degli artt. 1492 ss. c.c. Quindi, a catalogare l'*aliud pro alio* come un vizio iscritto nel disposto dell'art. 129 c. cons., è ammesso:

b) che se il consumatore vuol bypassare i termini brevi dell'art. 132

---

<sup>43</sup> V., per tutti, LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, 545 ss. nonché 612 ss. e D'AMICO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2013, I, 529-531. In precedenza, con un trittico diffuso di argomenti, v. DALLA MASSARA, *Il nuovo art. 1519 nonies: possibili opzioni interpretative*, in *Corriere giur.*, 2003, 372. Nell'esperienza francese, atteso che, come vedremo nel par. 5, il problema torna pure lì, v. REMY-CORLAY, *La transposition de la directive 99/44 CE dans le Code de la consommation*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 345 ss.

<sup>44</sup> Come non è superfluo ricordare, tutto origina dalla circostanza che il disposto dell'art. 135, 1° comma, c. cons. *non corrisponde*, in realtà *sporgendo*, alla lettera dell'art. 8, direttiva 44/1999, una norma questa che si codifica una regola di armonizzazione minima (par. 2) ma da leggersi unitamente ad un par. 1 ove la legittimazione del consumatore, ad agire a titolo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, resta impregiudicata quanto all'"esercizio di altri diritti". Non c'è dunque la previsione, nel corpo della direttiva 44/99, di una tutela che sia affidata a diritti appartenenti alla *stessa tipologia* dei rimedi armonizzati. L'inghippo, se così vogliamo definirlo, nasce perciò dal fatto che il recitativo *omnicomprensivo* dell'art. 135, 1° comma, in quanto *indeterminatamente* vi si legge di "diritti ... attribuiti da altre norme dell'ordinamento giuridico", pare voler attribuire al consumatore uno standard protettivo *più elevato*, per tale intendendo quello che si comporrebbe di un *qualunque* diritto che sia previsto dalla normativa italiana vigente. Dunque non soltanto di rimedi *necessariamente* diversi, nel senso di estranei al *corpus* della direttiva 44/99. V., in luogo di tanti, L. GAROFALO, *sub art. 1519 nonies*, in GAROFALO-MANNINO-MOSCATI-VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003, 711-715.

<sup>45</sup> V. FERRANTE, *La direttiva 18/771/UE*, cit., 41.

c. cons., può chiedere la risoluzione (del contratto) o la riduzione (del prezzo) ai sensi dell'art. 1453 c.c. o, secondo una diversa prospettiva, sulla scorta degli artt. 1479 e 1480 c.c. Ancora, è tendenzialmente pacifico;

c) che, ove il consumatore lo preferisca, in luogo di un risarcimento dei danni quale rimedio integrativo di uno dei quattro armonizzati dall'art. 130 c. cons., ne sia esperibile pure uno domandato in via autonoma (il c.d. risarcimento del danno *sostitutivo*)<sup>46</sup>; infine si dà anche per buono;

d) che, sebbene abbia omissis di denunciare un difetto di conformità nei termini di cui all'art. 132 c. cons., se ciò nondimeno lamenta un vizio del bene, sia consentito al consumatore di eccepire il raggirò del venditore servendosi, a tal fine, di un'ordinaria azione di annullamento per vizio del consenso (artt. 1427 e 1441 c.c.).

A mo' di constatazione, vien facile l'etichetta di un panorama composito improntato ad un alto tasso di vischiosità: con delle campiture che, nell'epoca di un incipiente diritto delle Corti, oltretutto si sfilacciano vieppiù, considerando per es. che, se l'inversione dell'onere della prova, sentenziato quale *regola di sistema* da Cass. S.U. 13533/2001<sup>47</sup> per qualsiasi ipotesi di inadempimento di un'obbligazione<sup>48</sup>, poteva alimentare la deduzione di un art. 132, 3° comma, c. cons. declassato ad una *norma di minor vantaggio*<sup>49</sup>, Cass. S.U. 11748/2019 adesso ribalta la

---

<sup>46</sup>Che, viceversa, è escluso che affianchi il quartetto dei rimedi armonizzati in quanto, se lo si dovesse ammettere, verrebbe obliquamente certificata la sussidiarietà di quella riparazione o sostituzione che la direttiva 44/99 elegge invece, come ribadiamo nel testo, a tecnica protettiva di rango primario. V., per tutti, D'AMICO, *La compravendita*, cit., 533 ss.

<sup>47</sup>V. Cass. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, 113 ss., con nota di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*. Di recente tale interpretazione era stata ritenuta applicabile alla vendita di diritto comune quanto all'onere della prova dei vizi del bene venduto (v. specialmente Cass. 2 settembre 2013, n. 20110, in *Foro it. Rep.*, 2013, voce *Vendita*, n. 50 e, in senso conforme, Cass. 21 settembre 2017, n. 21927, *ivi*, 2017, voce cit., n. 18).

<sup>48</sup>E, correlativamente, per qualsiasi pretesa affacciata dal creditore (adempimento, risoluzione o risarcimento).

<sup>49</sup>In quanto va da sé una presunzione (relativa), di esistenza al momento della consegna di un difetto di conformità manifestatosi entro sei mesi dalla *traditio* del bene, apertamente *non serve* se il consumatore ha *sempre e soltanto* l'onere di provare il titolo negoziale del suo diritto. L'intonazione originaria di questo discorso si legge in ZACCA-