

**CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO
IN MAGISTRATURA**

2017/2018

GIAPPICHELLI EDITORE

**Responsabile scientifico
Vincenzo Lopilato**

Diritto civile

NEGOZI CON CAUSA ESTERNA

Dalla dispensa sulla causa del contratto del 6.10.2017

Nota: si riporta per esteso l'articolo scritto da me di cui ho parlato a lezione, risale al 2004, ma è ancora attuale.

1. L'obbligo di dare e il principio del consenso traslativo

L'art. 1125 del codice civile del 1865 stabiliva che nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato. Nonostante questa chiara enunciazione di principio a favore del c.d. consenso traslativo, la dottrina dell'epoca - influenzata dalle elaborazioni teoriche provenienti dal sistema francese e fuorviata da un quadro normativo complessivo (v. artt. 1908, 1099, 1447) in cui campeggiava il vincolo obbligatorio - costruiva il contratto come contratto esclusivamente ad effetti obbligatori.

L'effetto traslativo non poteva, dunque, essere conseguenza immediata del consenso liberamente espresso dalle parti dovendo passare anch'esso attraverso il filtro disagiata di un'obbligazione di dare ⁽¹⁾ intesa quale obbligazione di fare acquistare la proprietà.

Con la codificazione del 1942 la regola del consenso traslativo ottiene finalmente una definitiva ed inequivoca consacrazione normativa. Nel nuovo sistema ordinamentale è chiara la distinzione tra contratti ad effetti obbligatori e contratti ad effetti reali. Il trasferimento della proprietà di un cosa determinata ovvero il trasferimento di un diritto reale ovvero ancora il trasferimento di un altro diritto si realizza per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato (art. 1376 ⁽²⁾).

Sotto il profilo strettamente economico la *ratio* della «regola consensualistica» è stata correttamente individuata ⁽³⁾ nella necessità di creare a livello normativo uno strumento circolatorio coerente con la logica dello scambio mercantile, che vuole una rapida circolazione dei diritti quale mezzo e obiettivo delle relazioni interprivate. Perché il sistema di trasferimento dei beni possa mantenere un tasso ordinario di efficienza l'ordinamento deve far sì che, valutata la convenienza economica dell'affare, l'effetto traslativo si produca immediatamente.

In questa nuova prospettiva in cui tale effetto è contestuale alla prestazione del consenso l'obbligazione di dare - intesa quale obbligazione di fare acquistare la proprietà - non dovrebbe avere più alcuna ragione di esistere. Nella elaborazione di gran parte della dottrina successiva all'entrata in vigore del codice del 1942 questo tipo di obbligazione identifica, infatti,

¹ Sull'obbligazione di dare in generale v. CHIRONI, *L'obbligazione di dare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 633 ss.; DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1947, 214 ss.; CARIOTAFERRARA, *L'obbligo di trasferire*, in *Ann. dir. comp.*, XXVI, 1950, 195 ss.; CHIANALE, *Obbligo di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990; GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2896; MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sull'obbligazione di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, 627; v. anche, GIORGIANNI, voce *Obbligazione diritto privato*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, 599 ss.; RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 189; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 42 ss.; MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile a cura di SCIALOJA e BRANCA*, Bologna-Roma, 1988, 377 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 144.

² Autorevole dottrina ha, in proposito, affermato quanto segue: «l'importanza del principio consensualistico del trasferimento della proprietà consiste non tanto nell'affermazione che la proprietà si trasferisce senza necessità di un atto di materiale consegna (la *traditio* era da molto tempo talmente "spiritualizzata" da costituire ormai, specie per le cose immobili, una pura formula notarile), quanto nella intima compenetrazione dell'atto traslativo e del contratto consensuale, i quali per l'innanzi erano formalmente e soprattutto concettualmente distinti con chiarezza» (GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, 550).

³ CAMARDI, *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, in *Diritto privato, casi e questioni*, collana diretta da BESSONE, Milano, 1999, 7.

esclusivamente l'obbligazione di consegnare una cosa determinata senza più alcun riferimento alla vicenda reale connessa alla circolazione della ricchezza ⁽⁴⁾.

L'obbligazione di *dare* in senso tecnico continua, invece, ad assolvere ad una funzione fondamentale in quegli ordinamenti in cui è rimasta ferma la distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*. Così è, ad esempio, nel sistema giuridico tedesco in cui questa distinzione si colora, peraltro, di un particolare significato atteso che tale sistema non ha elevato la causa ad elemento necessario nella dinamica dei trasferimenti immobiliari: al *titulus* - costituito da un contratto ad efficacia obbligatoria (vendita, donazione, ecc.) - fa seguito, infatti, il *modus* - rappresentato da un contratto traslativo astratto con funzione esecutiva - che esplica conseguentemente i propri effetti indipendentemente dall'esistenza di eventuali vizi che dovessero inficiare il *titulus* stesso ⁽⁵⁾.

Anche il codice civile austriaco (§ 307 ABGB) conosce l'obbligazione di dare, intesa come obbligazione di fare acquistare un diritto. Nonostante, però, l'esistenza di questa previsione normativa la dottrina austriaca considera a livello classificatorio il credito di dare come un qualunque altro credito ⁽⁶⁾.

Infine, nell'ordinamento inglese si ritiene che il venditore di *real property* sia obbligato a far acquistare il *legal title* al compratore mediante un autonomo e successivo atto traslativo (la c.d. *conveyance*).

2. La scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* e la creazione della categoria del pagamento traslativo

Alla luce di queste considerazioni preliminari il quesito a cui dobbiamo tentare di dare una risposta è se nel nostro ordinamento - nonostante l'esistenza dell'enunciata «regola consensualistica» - sia ugualmente consentita una scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* con consequenziale differimento dell'effetto traslativo in un momento successivo a quello in cui viene manifestato il consenso al trasferimento del bene.

La dottrina formatasi subito dopo l'emanazione del codice del 1942 dava al predetto quesito una risposta decisamente negativa.

Le motivazioni di questo convincimento si articolavano attraverso i seguenti passaggi logici. Nell'attuale sistema normativo i modelli negoziali tipici (vendita, donazione, ecc.), mediante i quali si realizza la traslazione dei diritti reali, si caratterizzano per una contestualità tra effetto traslativo e consenso contrattuale. Se si separano questi due momenti il trasferimento del diritto - successivo all'assunzione dell'obbligo - avverrà per il tramite di un negozio che non potrà che essere atipico. L'atipicità in questo caso è sinonimo di astrattezza. L'atto, infatti, non essendo sorretto né dall'*animus donandi* (per la preesistenza di un obbligo), né controbilanciato da un corrispettivo economico (previsto nel *titulus*) dovrà obbligatoriamente essere considerato privo di giustificazione causale e dunque inammissibile.

Si sostiene, in altri termini, che uno spostamento patrimoniale attuato senza ricorrere agli schemi tipizzati dal legislatore non è, per definizione, sorretto da alcuna causa: una «prestazione isolata» che non è né una donazione né una compravendita è un negozio astratto. Perché si determini l'effetto reale le parti devono dare vita ad atti negoziali dispositivi che non obbligano a trasferire ma che operano direttamente il trasferimento ⁽⁷⁾.

⁴ Cfr. DI MAJOGIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 229; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 106.

⁵ Per ulteriori riferimenti anche bibliografici si rinvia a CHIANALE, voce *Obbligo di fare e di dare in diritto comparato e italiano*, in *Dig. delle disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 353.

⁶ V., per ulteriori informazioni sul punto, CHIANALE, voce *Obbligo di fare e di dare in diritto comparato e italiano*, cit., 356.

⁷ In questo si esprimono, anche se non tutti in modo espresso: GAZZARRA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957; SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, 24 ss.; RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965, 63.

Si comprende, pertanto, che la ferrea opposizione ad ammettere la configurabilità di un obbligo di dare (*titulus*) temporalmente seguito da un atto traslativo (*modus*) era giustificata non tanto dall'esistenza del principio di cui all'art. 1376 c.c., bensì dalla basilare regola della necessaria causalità dei trasferimenti di ricchezza⁽⁸⁾.

L'orientamento dottrinale successivo, riuscendo a sconfessare efficacemente la predicata interdipendenza tra atipicità e astrattezza, è giunta conseguentemente a ritenere configurabile la sequenza procedimentale che separa il contratto obbligatorio dall'atto che determina il passaggio del diritto. Il ragionamento seguito è semplice: il fondamento giustificativo di uno spostamento patrimoniale non deve essere necessariamente connaturato al negozio che ne permette l'attuazione. Se così fosse sarebbe corretto ritenere astratto - com'è nel sistema tedesco - l'atto attraverso il quale si trasferisce un bene in adempimento di un obbligo di dare antecedentemente assunto. La giustificazione causale dell'effetto traslativo può, invece, essere validamente rinvenuta proprio nel rapporto obbligatorio che precede il trasferimento del bene. La causa può, in definitiva, collocarsi fuori lo schema negoziale che determina il passaggio del diritto reale⁽⁹⁾. Di atto traslativo astratto potrebbe parlarsi, si è aggiunto in dottrina⁽¹⁰⁾, soltanto nei casi in cui un atto produca effetti reali sulla base di una semplice dichiarazione delle parti o sulla base del mero compimento di alcune formalità e non certo quando le parti abbiano indicato il sistema di interessi che in concreto l'attribuzione patrimoniale è diretta a realizzare. Si ammette, pertanto, la possibilità che l'efficacia «traslativa» si determini mediante un atto («pagamento») esecutivo di un precedente rapporto obbligatorio che ne costituisce la causa giustificativa.

Viene così creata la categoria dogmatica del pagamento traslativo conosciuta anche sotto la diversa etichetta di negozi con causa esterna ovvero ancora di negozi di attribuzione, negozi traslativi *solvendi causa*, prestazioni isolate⁽¹¹⁾.

Non varrebbe obiettare per contrastare la riportata ricostruzione dogmatica che l'obbligazione di trasferire la proprietà potrebbe essere adempiuta con una donazione ovvero con una vendita simulata relativamente al prezzo.

Premesso, infatti, che lo spirito di liberalità che caratterizza la *causa donandi* consiste nella consapevolezza di attribuire ad altri un vantaggio senza esservi in alcun modo costretti è logico desumere, come già anticipato, l'ontologica incompatibilità tra la struttura causale del contratto di donazione e un trasferimento di ricchezza «imposto» da un pregresso rapporto obbligatorio.

Non sarebbe proficuamente utilizzabile neanche lo strumento della vendita con simulazione relativa in cui sia menzionato un prezzo non pagato; resterebbe, infatti, oscura la natura giuridica del negozio dissimulato, che di certo non potrebbe essere una donazione, per quanto poc'anzi detto⁽¹²⁾.

... *Omissis*...

4. Il ruolo della c.d. *expressio causae*

⁸ In questo senso v. anche COSTANZA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1242.

⁹ «La differenza tra negozi traslativi atipici (esecutivi di un rapporto precedente) non si risolve necessariamente nella distinzione tra negozi causali e negozi astratti: essi si distinguono soltanto per il diverso modo cui l'esigenza casuale viene soddisfatta. L'inquadramento in un tipo non è l'unico mezzo possibile di controllo dell'idoneità del negozio a realizzare interessi meritevoli di tutela giuridica. Se la struttura del negozio non corrisponde a una funzione tipica, il requisito causale è ugualmente soddisfatto qualora le parti abbiano provveduto a integrare il regolamento negoziale con l'indicazione dell'interesse alla cui realizzazione è preordinato» (MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975, 199 ss.; nello stesso senso CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962, 142).

¹⁰ V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, 744; . BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, estratto da *Studi urbinati*, Milano, 1975, 18; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, *Appunti dalle lezioni*, II, Milano, 1967, 45 ss.

¹¹ Dette espressioni verranno impiegate nel corso della trattazione indifferentemente.

¹² Su questi aspetti v. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 244 e 245.

L'elemento che accomuna tutte le figure negoziali traslative esemplificativamente riportate è costituito, come più volte detto, dall'essere le stesse prive di una interna caratterizzazione causale.

La giustificazione dello spostamento patrimoniale è, infatti, rinvenibile esternamente nell'assetto di interessi programmato al momento dell'assunzione dell'obbligo (c.d. causa oggettiva). Ma ciò non è ancora sufficiente per ritenere definito il quadro casuale. Occorre, anche, secondo il prevalente orientamento dottrinale ⁽¹³⁾ la c.d. *expressio causae* e cioè l'enunciazione, nel documento negoziale con il quale si attua l'effetto traslativo, dello scopo che giustifica il trasferimento del bene (c.d. causa soggettiva). Si realizza così una duplicazione dell'elemento causale tra un profilo oggettivo e uno soggettivo caro alle elaborazioni ottocentesche sulla causa. La mancata osservanza dell'obbligo (o onere) di indicare lo scopo e il fondamento (giustificativo) al momento della traslazione del diritto reale determina - venendo meno uno dei requisiti essenziali del negozio (art. 1325, n. 2) - la nullità dell'operazione economica posta in essere.

Questa impostazione è stata criticata da un autorevole studioso ⁽¹⁴⁾ il quale ha prospettato una diversa ricostruzione che merita di essere ripercorsa nei suoi passaggi fondamentali.

In linea con l'opinione comune si sostiene, innanzitutto, che, ai fini di una compiuta individuazione del profilo giustificativo dello spostamento patrimoniale, si deve valicare il piano della struttura dell'atto di trasferimento per investire l'operazione economica nel suo complesso. Tale atto, infatti, non conterrebbe in sé il fondamento sostanziale dell'effetto traslativo.

Da questa premessa di ordine generale si desume che i negozi *solvendi causa* (unitamente ad altre fattispecie negoziali) presenterebbero uno schema causale indeterminato ma determinabile *per relationem* mediante il rinvio a quella che viene definita «fonte esterna di qualificazione causale» (che nel nostro caso sarebbe costituita dal pregresso rapporto obbligatorio).

Il negozio di trasferimento potrebbe, invero, contenere esso stesso il criterio di determinazione della causa nell'ipotesi in cui le parti indichino espressamente quale sia la ragione sostanziale dello spostamento di ricchezza dichiarando, a tal proposito, che la traslazione del diritto reale è giustificata dall'esistenza di un precedente vincolo obbligatorio.

Ma tale «menzione», si osserva, non è l'unica modalità che garantisce la compiutezza del quadro causale. L'atto di imputazione dell'effetto traslativo al preesistente rapporto fondamentale (*rectius*: alla fonte esterna di qualificazione causale) non deve necessariamente essere espresso (o tacito) e risultare direttamente dall'analisi del negozio di esecuzione, ben potendo emergere indirettamente da una valutazione complessiva dell'operazione economica realizzata.

Ciò avverrebbe normalmente proprio nella maggior parte dei casi che stiamo esaminando, laddove il collegamento della prestazione negoziale traslativa al rapporto cui è inteso dare attuazione è di regola implicito nella stessa oggettiva conformità della prestazione dovuta al contenuto dell'obbligo. Se l'onere, infatti, trasferisce al legatario proprio quel bene che è stato oggetto del legato di cosa di un terzo si comprende come non sia necessario un espresso o anche tacito rimando alla fonte esterna di qualificazione causale essendo sufficiente, perché la causa possa considerarsi definita e compiuta, una valutazione che investendo l'intera attività negoziale faccia emergere il naturale collegamento tra le due fattispecie. Questo è il passaggio che segna il più forte distacco rispetto all'orientamento dominante.

Come abbiamo visto la dottrina prevalente ritiene sempre necessaria l'espressa menzione nel contenuto dell'atto traslativo dello scopo esterno che giustifica il trasferimento della ricchezza. La dottrina in esame considera, invece, sufficiente un riferimento anche per fatti concludenti ovvero nessun riferimento al rapporto obbligatorio pregresso perché possa dirsi perfettamente determinato il quadro casuale. Ciò che importa è che vi sia: «*uno schema causale adeguato*

¹³ V., tra gli altri, MOSCATI, *Pagamento dell'indebitato*, nel *Commentario del c.c.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, *Libro quarto, Delle obbligazioni* (artt. 2033-2040), Bologna-Roma, *sub art.* 2033, 1981, 200; BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim.*, 1976, 479.

¹⁴ Cfr. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, in particolare, 115 ss.

comunque risultante (il corsivo è nostro) direttamente dalla stessa programmazione negoziale oppure indirettamente dalla situazione o operazione economica complessiva nella quale il singolo negozio volta a volta si inquadra e si integra».

«Naturalmente» si aggiunge «ove l'interesse fondamentale venga dalle parti espressamente indicato, tale indicazione non è senza rilievo: ma essa dispensa solo dall'onere di provare la causa, non esime invece dal controllo circa la «verità» e la «idoneità» del fondamento sostanziale indicato». In tale prospettiva, pertanto, la «menzione» o «non menzione» del rapporto pregresso incide unicamente sul piano probatorio e non anche sulla validità dell'atto traslativo: le parti possono non indicare «la fonte di qualificazione causale dell'interesse negoziale» e allora in tali casi questa deve essere provata dal soggetto che intende far valere gli effetti del negozio; qualora invece tale indicazione vi sia il rapporto obbligatorio si presume spettando al convenuto l'onere di provare la sua oggettiva inesistenza.

Questo orientamento dottrinale ha l'indubbio merito di avere eliminato l'arbitraria duplicazione dell'elemento causale in una componente oggettiva e soggettiva. La causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale è una sola e deve essere individuata nell'assetto di interessi programmato dalle parti al momento della costituzione del rapporto obbligatorio. La c.d. *expressio causae* non integra, pertanto, gli estremi di una causa soggettiva concettualmente distinta dalla preesistente componente oggettiva. L'enunciazione nel contesto dell'atto traslativo dello scopo perseguito dai contraenti rappresenta soltanto, qualora sussista, una clausola di rinvio attraverso la quale si determina *per relationem* il requisito causale del negozio di attribuzione.

In un recente scritto la teoria esposta è stata criticata per avere evocato: «un requisito, quello della determinabilità, previsto dal legislatore per l'oggetto e non per la causa. Traslare la nozione di determinabilità dall'oggetto alla causa, onde abbracciare la categoria della realizzabilità della funzione, rischia in effetti di assimilare in un unico destino fattispecie tra di loro ben distinte: le determinabilità dell'oggetto, che riguarda un elemento comunque possibile e certo nell'*an*, e la determinabilità della causa, che identificandosi con la realizzabilità della funzione, sembra abbracciare anche il caso dell'originaria irrealizzabilità, e questa, nel parallelismo con l'oggetto, evoca piuttosto il requisito dell'impossibilità»⁽¹⁵⁾.

5. Mancanza della «causa in senso oggettivo» e la tesi dell'azione di ripetizione dell'indebito

Se l'individuazione dell'esatta funzione dell'*expressio causae* nella dinamica del pagamento traslativo ha creato, come visto, un rilevante sconcerto interpretativo in ambito dottrinale, non meno problematica si presenta la questione relativa all'incidenza della mancanza della causa oggettiva sull'efficacia del negozio esecutivo.

Segnatamente autorevole dottrina⁽¹⁶⁾ ritiene sufficiente, ai fini della validità del trasferimento solutorio, la presenza del solo elemento soggettivo relegando il profilo oggettivo dell'attribuzione patrimoniale sul piano della conservazione degli effetti dell'attribuzione stessa. Più chiaramente si esclude in maniera netta che l'assenza del pregresso rapporto obbligatorio (che identifica, si ricordi, la causa esterna obiettiva) possa determinare la nullità del trasferimento.

Il fondamento normativo dell'enunciato principio viene rinvenuto nelle norme che disciplinano la ripetizione dell'indebito⁽¹⁷⁾. Da tali norme si ricava che l'inesistenza dell'obbligo che il *solvens* intende adempiere non produce la «nullità» ma semplicemente la ripetibilità della prestazione⁽¹⁸⁾.

¹⁵NAVARETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 16.

¹⁶GIORGIANI voce *Causa*, cit., 568, seguito da MOSCATI, voce *Indebito (pagamento dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 93.

¹⁷SPADAFORA, *Profili dell'atto solutorio non dovuto*, Milano, 1996.

¹⁸ In proposito si è testualmente affermato: «Solo la suggestione nascente dal principio della “nullità” del negozio per mancanza di causa (...) ha potuto far nascere gravi perplessità in ordine alla giustificazione dell'azione di ripetizione dell'indebito regolata dagli artt. 2033 ss.. Il codice, regolando su basi tradizionali codesta azione, ha mostrato - pur senza averne, probabilmente, piena conoscenza - che anche nel nostro ordinamento la mancanza di causa può dar luogo talora ad una semplice azione di ripetizione (...). Non deve recare meraviglia che la mancanza di un elemento causale

La conseguenza applicativa è di rilievo: l'alienante avrebbe a sua disposizione per recuperare il bene trasferito in assenza di un valido titolo obbligatorio esclusivamente una azione di natura personale esperibile nei confronti dell'*accipiens* e non anche nei confronti dei terzi subacquirenti a titolo oneroso (che farebbero salvo il loro acquisto). Se si ritenesse, invece, applicabile la disciplina della nullità il *tradens* potrebbe agire (non solo con la *condictio indebiti* ma anche) con l'azione reale di rivendica che - attesa la sua efficacia *erga omnes* - travolgerebbe inesorabilmente tutti le successive alienazioni. I terzi potrebbero preservare il proprio acquisto unicamente facendo valere un acquisto a titolo originario ovvero invocando l'applicabilità dell'art. 2652 n. 6 c.c.

Si comprende, dunque, come l'opzione interpretativa favorevole alla esclusiva applicazione della disciplina della *condictio indebiti* - in presenza di prestazioni isolate non sorrette da un pregresso rapporto obbligatorio - sia maggiormente garantista delle posizioni dei terzi subacquirenti. Sul piano sistematico la teoria in esame innesta, pertanto, nel tessuto ordinamentale una regola giuridica - assimilabile a quella esistente nell'ordinamento tedesco - che assicura una più rapida circolazione dei beni.

L'elaborazione di questa regola non sarebbe, però, dettata, si precisa, da una mera esigenza speculativa ma risponderrebbe a precise e concrete ragioni di tutelare più efficacemente la sfera giuridica di quei terzi che si devono confrontare con il particolare meccanismo traslativo delle prestazioni isolate. Questo il ragionamento.

Nel caso in cui il titolo del dante causa sia costituito da un negozio che contenga in sé la giustificazione causale, si può ragionevolmente imporre ai subacquirenti dello stesso un onere di controllare l'esistenza di eventuali vizi della causa sottoponendoli alla gravosa falcidia dell'azione reale di rivendica (conseguente alla nullità) se ciò non fanno. Qualora, invece, il titolo del dante causa sia rappresentato da un negozio di esecuzione di un precedente rapporto obbligatorio, non si può esigere che i terzi effettuino il medesimo accertamento. Sarebbe, infatti, eccessivamente difficoltoso per questi ultimi verificare la validità di un elemento che non si rinviene all'interno del negozio traslativo ponendosi esternamente in un rapporto fuori dalla portata di un loro diretto ed immediato controllo. Da qui l'opportunità di applicare una sistema di tutela che salvaguardi maggiormente e in maniera più efficace - di quanto non facciano le regole della nullità - la loro sfera giuridica.

5.1. Segue: critica

La ricostruzione dottrinale sin qui descritta è criticata dall'orientamento, allo stato dominante, che ritiene applicabili, anche in presenza di una prestazione isolata priva di causa oggettiva, le ordinarie regole che disciplinano le nullità negoziali.

A questo risultato si perviene partendo dalla contestazione della stessa *ratio* che dovrebbe giustificare il ricorso esclusivo alla *condictio indebiti*, rappresentata, come appena detto, dalla complessa verifica causale che i negozi con causa esterna imporrebbero.

A tal proposito, è stato condivisibilmente sostenuto: «ragionando in termini di difficoltà di accertamento dell'atto di acquisto del dante causa, appare subito evidente come l'ipotesi delle prestazioni isolate non è certamente la sola in cui il sistema richiede un impegno nell'accertamento sulla validità dei precedenti acquisti. Si pensi all'invalidità radicale per motivo illecito comune ad entrambe le parti, per frode alla legge, per contrarietà a disposizioni inderogabili di legislazioni speciali, o, ancora, per nullità di una clausola essenziale che travolga l'intero atto *ex art. 1419, comma 1 c.c.* Per di più nel caso delle prestazioni isolate tale difficoltà

possa non provocare la nullità dell'atto. A parte l'esempio del sistema tedesco, è da osservare che la *condictio indebiti*, nella sua lunghissima storia, ha sempre avuto la funzione di recuperare - a prescindere da qualsiasi "invalidità" del trasferimento - le prestazioni effettuate *sine causa*, ed essa è stata come tale accolta sia dal codice abrogato che da quello del 1942. D'altro canto anche il consenso, al pari della causa, si trova elencato negli artt. 1325 e 1418 tra i "requisiti" per la validità del contratto, eppure sono note le ipotesi in cui il vizio del consenso produce semplicemente nullità» (GIORGIANI, voce *Causa*, cit., 1960, 568).

deriva solo dal necessario collegamento con un elemento esterno all'atto oggettivamente ricostruibile e non dalla necessità di svolgere complessi procedimenti ermeneutici, come si impone in alcune delle ipotesi menzionate e in altre realmente problematiche in quanto non risolte dal legislatore»⁽¹⁹⁾.

A ciò si aggiunga che la stessa dottrina che fa leva sulle predette difficoltà di accertamento per i terzi subacquirenti ritiene, in linea con l'orientamento dominante, che l'atto traslativo debba contenere, a pena di nullità, l'*expressio causae*. Questo vuol dire che i terzi attraverso una diretta visione del contenuto del negozio di trasferimento, con il quale il loro dante causa ha acquisito la proprietà del bene, possono facilmente risalire al fondamento causale del negozio stesso per verificarne l'esistenza e la validità.

Restando su un piano di critica generale si è, altresì, osservato che la tesi della validità delle prestazioni isolate *sine causa* (oggettiva) è mossa dal dichiarato intento di offrire una forte piattaforma di garanzie per i terzi subacquirenti allo scopo di accelerare e rendere più sicuri i traffici giuridici. Bisogna, però, chiedersi se un sistema che concede una tutela incondizionata a tutti i terzi assicurati effettivamente un più equo temperamento degli interessi in gioco ovvero non si risolva soltanto - rispetto al sistema che, per comodità, definiamo tradizionale - in una ingiustificata protezione dei terzi di mala fede.

Per rispondere a questa domanda, è sufficiente porre a confronto i differenziati profili di disciplina derivanti dall'applicazione dell'una o dell'altra impostazione dottrinale, distinguendo, altresì, in relazione al tipo di bene coinvolto nella vicenda traslativa.

Nel caso in cui oggetto della prestazione isolata sia un bene mobile, la tesi della nullità integrata dalla normativa sugli acquisti *a non domino* salvaguarda sicuramente la sfera giuridica dei terzi di buona fede. La radicale invalidità dell'attribuzione patrimoniale impedisce, infatti, che il bene si trasferisca all'*accipiens*, con la conseguenza che i terzi acquirenti riceverebbero un diritto da chi non è proprietario. Potrebbero, nondimeno, a fronte di una azione di rivendica esperita dal primo alienante, fare salvo il loro acquisto invocando la regola del possesso vale titolo e quindi la loro condizione soggettiva di buona fede.

Ragionando, di converso, secondo la logica della teoria della *condictio indebiti*, la validità del negozio traslativo privo di causa esterna determinerebbe in capo ai terzi subacquirenti un acquisto *a domino*, giuridicamente inattaccabile a prescindere dal loro stato soggettivo di buona o di mala fede (con il solo limite di un eventuale obbligo di corrispondere l'arricchimento in caso di acquisto a titolo gratuito). Il risultato della comparazione di discipline per i beni mobili è evidente: l'assunta validità del pagamento traslativo garantisce i terzi di mala fede.

Di maggiore complessità si presenta la valutazione comparativa degli interessi in conflitto quando la fattispecie negoziale abbia ad oggetto un bene immobile. In questo caso può affiorare il dubbio che la soluzione interpretativa favorevole alla *condictio indebiti* sia preferibile. Ciò in quanto il sistema tradizionale non appresta una tutela incondizionata a chi trascrive in buona fede il proprio acquisto al di là dello spazio concesso dall'art. 2652, n. 6⁽²⁰⁾. Senonché la dottrina ha ugualmente ritenuto, allo stato della legislazione, più rispondente al valore degli interessi in campo scegliere la soluzione della nullità del trasferimento.

Questo l'argomento utilizzato: «Nell'elenco delle domande giudiziali sottoposte all'onere della trascrizione ex artt. 2652 e 2653 c.c. (manca per altro una clausola aperta sul modello dell'art. 2645 c.c.) risulta esclusa la trascrizione della domanda di recupero dell'indebito. Tale circostanza induce, allora, a ritenere che l'applicazione esclusiva della ripetizione dell'indebito alla fattispecie dei beni immobili si traduca, nei rapporti tra *solvens* e terzo subacquirente, in una radicale irrecuperabilità del bene, fatta salva la tutela residua dell'art. 2038 c.c.. La pretesa di ripetizione, infatti, in quanto non subordinata a trascrizione, non sarebbe mai opponibile ai

¹⁹ NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 105.

²⁰ La norma prevede che se la domanda diretta a far dichiarare la nullità «è trascritta dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda».

subacquirenti successivi alla litispendenza del procedimento di recupero, con l'ovvia conseguenza di un facile aggiramento della pretesa restitutoria reale (...).

In sostanza, l'alternativa che pongono i beni immobili (e analogamente i beni mobili registrati) è fra un radicale sacrificio dell'interesse del *solvens* (se si ipotizza una *condictio* traslativa) e una tutela dell'affidamento del terzo delimitata dalle condizioni dell'art. 2652, n. 6, parte II, c.c., il che implica che il rischio del subacquirente di buona fede sia in realtà ristretto ad un quinquennio rispetto al quale può svolgere i dovuti accertamenti, specie ove si consideri la minore rapidità di circolazione dei beni immobili. *De iure condito*, pertanto, è evidente che la seconda soluzione sia nettamente preferibile»⁽²¹⁾.

Al termine di queste considerazioni si ricava l'impressione che la teoria della nullità dia una risposta più razionale all'incidenza della mancanza di causa oggettiva sul sistema circolatorio dei beni mobili (tutelando soltanto i terzi di buona fede) e più equilibrata in relazione ai meccanismi di trasferimento dei beni immobili (contemperando con maggiore equità i contrapposti interessi del *solvens* e dei terzi subacquirenti).

Del resto, anche nell'ordinamento germanico, in cui vige la regola degli spostamenti astratti di ricchezza e dove il rimedio recuperatorio cardine è rappresentato proprio dall'azione di ripetizione dell'indebitato, gran parte della dottrina tedesca manifesta forte insoddisfazione verso un siffatto sistema foriero degli stessi inconvenienti sopra illustrati.

Un'ultima osservazione.

Si sostiene⁽²²⁾ che la tesi criticata si fonderebbe sulla «premessa indimostrata» dell'incompatibilità tra l'esperibilità dell'azione di ripetizione dell'indebitato e l'azione di nullità.

Più chiaramente, tale tesi partirebbe dal presupposto che la disciplina della *condictio indebiti* non potrebbe trovare applicazione in presenza di un titolo nullo (o più in generale invalido o inefficace), atteso che le disposizioni normative che la regolamentano sono oggettivamente non conciliabili con le norme dettate in tema di nullità⁽²³⁾.

Un solo esempio: l'indebitato tutela i terzi acquirenti a titolo oneroso, mentre gli acquirenti a titolo gratuito sono tenuti nei limiti del loro arricchimento; la nullità, di converso, travolge normalmente i diritti dei terzi⁽²⁴⁾.

A conferma di questa impostazione, si aggiunge che gli artt. 2033 ss. c.c. presuppongono tutti la titolarità del diritto (indebitamente ricevuto) in capo all'*accipiens* (si cita, in particolare, l'art. 2037 c.c. sulla distribuzione del rischio per il perimento del bene), il che significherebbe inapplicabilità degli stessi in presenza di un titolo nullo (che in quanto tale non può avere alcuna efficacia traslativa).

La dottrina da ultimo citata correttamente ritiene che fare leva sulla incompatibilità tra le due discipline «è un argomento in sé inconsistente». Esso procede da una confusione tra azione di nullità e azione di ripetizione fondata sulla nullità. La nullità del negozio traslativo, in base al quale è stata consegnata una cosa determinata, può essere fatta valere o con l'azione personale di ripetizione, e allora si applicano le norme sulla restituzione dell'indebitato, oppure con l'azione di rivendica (con l'onere di prova della proprietà) e allora si applicano le norme sulla rivendica»⁽²⁵⁾.

²¹ NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 108 e 109.

²² V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo* 750; L. MENGONI, *Gli acquisti a «non domino»*, cit., 206 e 207.

²³ In questo senso, BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Studi in onore di Zingali*, III, Milano, 1965, 30 ss., secondo cui la ripetizione dell'indebitato avrebbe una «portata ed un contenuto diversi dalla «reintegrazione che in fatto e in diritto consegue alla nullità (inefficacia) totale ed originaria e all'annullamento (inefficacia reale retroattiva) del negozio intercorso tra le parti»; ARGIROFFI, *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano, 1980, 147 ss.

²⁴ Altre differenze di disciplina sono rinvenibili nella diversa: rilevanza dello stato soggettivo di buona e di mala fede; regolamentazione del rischio per il perimento del bene; disciplina della prescrizione.

²⁵ MENGONI, *Gli acquisti a «non domino»*, cit., 207; ritengono che la *condictio indebiti* costituisca il consequenziale rimedio all'esperimento dell'azione di nullità e di impugnazione del contratto: BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, 364; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1962, 801; PALERMO,

Che le due azioni non siano «inconciliabili» lo si ricava, del resto, in maniera inequivoca dall'art. 1422 c.c. che espressamente rimanda all'azione di ripetizione ⁽²⁶⁾.

Anche a volere ammettere, comunque, che tale inconciliabilità sussista, ciò non proverebbe che, in presenza di una prestazione isolata priva di sostegno causale, si applichi esclusivamente la *condictio indebiti*. Sarebbe così se si partisse dal dato certo che il pagamento traslativo rinviene la propria fonte di disciplina normativa negli artt. 2033 ss. In tal caso l'argomento sarebbe logico e determinante rispondendo ai crismi di un rigoroso sillogismo: le prestazioni isolate senza causa sono disciplinate (unicamente) dalle norme sulla ripetizione dell'indebitato; queste presuppongono l'esistenza di un valido trasferimento perché incompatibili con la disciplina sulla nullità; *ergo* le prestazioni isolate senza causa sono valide. Risultando, invece, tutta da dimostrare la prima premessa cade conseguentemente la conclusione raggiunta.

Se incompatibilità c'è, rimane aperto il problema di quale delle due discipline si debba applicare. I principi generali che reggono l'attuale sistema di circolazione dei beni ci dice che l'assenza di una ragione giustificativa dello spostamento patrimoniale determina inesorabilmente la nullità del trasferimento attuato. In mancanza, pertanto, di una diversa disposizione normativa simile a quella esistente nell'ordinamento tedesco che deroghi espressamente a tali principi la regola generale, anche per le prestazioni isolate, rimane quella dell'invalidità.

6. Derogabilità del principio del consenso traslativo e obblighi di dare «atipici»

Dalla disamina delle diverse opinioni dottrinali sin qui riportate un dato, rispetto agli altri, è emerso con nettezza: la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* non è di per sé indice dell'esistenza di un trasferimento astratto. La giustificazione causale del trasferimento di ricchezza è rinvenibile, sul piano oggettivo, nel pregresso rapporto obbligatorio, sul piano soggettivo, per chi ne riconosce l'essenzialità, nella c.d. *expressio causae*.

Se così è può farsi un ulteriore passo in avanti riconoscendo ai privati il diritto di dare vita, anche al di là delle ipotesi previste dalla legge, a contratti atipici aventi ad oggetto un obbligo di dare seguiti da prestazioni isolate.

Un consistente orientamento dottrinale non ammette tale riconoscimento. Ritiene, infatti, che lo spazio che il sistema riserva all'autonomia privata non ricomprende anche il potere contrattuale di derogare convenzionalmente - mediante la separazione temporale tra volontà negoziale e trasferimento del diritto - al principio del consenso traslativo.

I contratti che dovessero, fuori dai casi consentiti dalla legge, disporre dell'effetto reale, sotto il profilo dell'immediatezza della sua produzione, sarebbero, pertanto, *ex art. 1322 c.c.*, giuridicamente privi di efficacia per immeritevolezza dell'interesse perseguito.

Autorevole dottrina ⁽²⁷⁾ ritiene, invece, che, in mancanza di un esplicito divieto legislativo analogo a quello contenuto nell'art. 1589 del codice francese, non esistano valide ragioni per

Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto, Milano, 1974, 80; PROTO PISANI, *In tema di rivendica*, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2564; in giurisprudenza prevale l'orientamento che individua negli artt. 2033-2044 c.c. la disciplina da applicare ai fine della restituzione delle prestazioni eseguite in dipendenza di un contratto dichiarato nullo (ovvero successivamente annullato, risolto o rescisso); v. tra le altre, Cass., 25 novembre 1968, n. 3281, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Indebito*, n. 3; Cass., 12 marzo 1973, n. 685, *ivi*, 1973; Cass., 6 ottobre 1976, n. 3303, in *Foro it.*, 1977, I, c. 442; Cass., 23 marzo 1985, n. 2081, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce cit., n. 4; Cass., 11 novembre 1992, n. 12121, *ivi*, 1992, voce cit., n. 11; Cass., 13 aprile 1995, n. 4268, in *Mass. Giur. it.*, 1995; Cass., 12 settembre 2000, n. 12038, *ivi*, 2000; Cass., 4 febbraio 2000, n. 1252, *ivi*; Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, *ivi*, 2001.

²⁶ V. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999, 614 ss.

²⁷ BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto Privato*, 1995, I, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 26 ss.; CHIANALE, voce *Obbligo di fare e di dare in diritto comparato e italiano*, cit., 359-360: «L'art. 1376 c.c., pur ispirato dagli artt. 1136 e 1138 Cod. Nap., di per sé non impone il trasferimento in virtù del consenso (appoggiato ad una causa), qualora tale consenso sia volto a costituire l'obbligazione di dare e non all'immediato trasferimento del diritto. Produce effetti reali il negozio in cui le parti vogliono il trasferimento: in un sistema retto dal principio di autonomia contrattuale, che conforma le vicende giuridiche alla volontà dei contraenti, l'art. 1376 c.c. agevola le parti, ma non le vincola contro la loro stessa volontà (...). Ormai trascurabile appare anche la risalente affermazione, che limita la produzione dell'effetto traslativo ai soli contratti tipici disciplinati dalla legge. Questa soluzione mortifica il

impedire all'autonomia contrattuale di realizzare negozi aventi le descritte caratteristiche strutturali. Ciò che unicamente rileva è la sussistenza di un valido substrato causale che giustifichi l'effetto traslativo. In sua presenza il principio del consenso traslativo può essere legittimamente derogato.

7. La struttura del pagamento traslativo. La tesi dell'atto dovuto

Sin qui si è parlato degli atti traslativi *solvendi causa* presupponendo implicitamente la loro natura negoziale. In effetti è questo il convincimento della quasi totalità della dottrina che si è occupata dell'argomento.

Non può, però, sottacersi l'opinione di chi ⁽²⁸⁾ ha fermamente negato la possibilità di riconoscere natura negoziale agli atti di trasferimento di diritti reali attuati in esecuzione di un precedente rapporto obbligatorio.

Questi i passaggi esplicativi dell'opinione prospettata: gli atti traslativi *solvendi causa* costituiscono dei veri e propri atti di adempimento; tutti gli atti di adempimento sono atti dovuti; il carattere dovuto dell'atto è incompatibile con la struttura del negozio giuridico per definizione libera; *ergo* l'atto di trasferimento non ha natura negoziale. Sulla base di questa premessa il pagamento traslativo viene qualificato quale atto giuridico in senso stretto.

Tale peculiare qualificazione è foriera di rilevanti conseguenze sul piano applicativo.

Innanzitutto diventa ultroneo ogni riferimento al requisito causale prescritto dall'art. 1325 c.c. unicamente per le operazioni di carattere negoziale. La c.d. *expressio causae* non è più la causa in senso soggettivo dell'attribuzione patrimoniale diventando criterio di imputazione della prestazione «rispetto a scopi *aliunde* posti».

In secondo luogo non potrà ovviamente trovare applicazione l'apparato normativo degli articoli posti a tutela della volontà negoziale.

La critica alla tesi appena esposta si è incentrata sul postulato centrale del ragionamento seguito e cioè sulla asserita inconciliabilità strutturale tra la qualificazione dell'atto come dovuto e negoziale al tempo stesso. Si è detto, infatti, che pur essendo incontestato che il trasferimento del diritto si attua per il tramite di un atto imposto dall'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio ciò non significa che tale atto non possa avere anche natura negoziale. È evidente come la sostenibilità dell'assunto critico passi necessariamente attraverso l'annosa questione della natura giuridica dell'atto di adempimento.

Non è questa la sede per affrontare l'interessante problematica. Ai nostri fini basta osservare quanto segue.

Sotto il vigore del codice civile abrogato, era nettamente prevalente la teoria che concepiva l'adempimento come negozio giuridico. La dottrina moderna, sulla scorta in particolare dell'art. 1191 c.c. che esclude qualsiasi rilevanza alla capacità del *solvens*, configura l'adempimento quale atto giuridico in senso stretto ovvero quale mero fatto giuridico. In mancanza, infatti, del requisito minimo della capacità di agire non si potrebbe ricondurre l'effetto giuridico dell'atto alla volontà dell'agente o ancora più drasticamente non si potrebbe neanche postulare l'esistenza della volontà dell'atto.

Per quanto sia indubitabile la maggiore aderenza di queste impostazioni al dato normativo, risultano anch'esse frutto di un'eccessiva rigidità dommatica. Non si può, infatti, escludere *a priori* che in taluni casi il pagamento rivesta struttura negoziale. È ciò che sostiene la teoria c.d. eclettica la quale calibra la natura giuridica dell'adempimento sulla base del contenuto della prestazione da adempiere.

«Posto allora che, - se non si voglia tornare a parlare di mero fatto -, alla base di tale comportamento (di adempimento) non può non richiedersi una specifica volontà dell'agente e

principio di autonomia contrattuale: essa contrasta poi con gli artt. 922 e 1376 c.c., relativi a “contratti” e “consenso legittimamente manifestato”, e con l'art. 1707 c.c., che legittima pienamente l'atto traslativo solutorio».

²⁸DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, 368 ss.; ID., *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 781 ss.; v. anche GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, 2900.

che, quindi, non può non essere, in ogni caso, presente la volontà dell'atto, per potere giudicare se vi sia o meno negozio è necessario esaminare, di volta in volta, se possa ritenersi sussistente anche quella del contenuto; se cioè dall'atto derivi, ed in quanto sia voluto dal debitore, un mutamento della realtà giuridica consistente nella costituzione, modificazione o estinzione di un particolare rapporto giuridico»⁽²⁹⁾.

Bisogna, pertanto, distinguere il profilo funzionale dell'atto - ogni adempimento è dovuto perché costituisce realizzazione del debito - dal profilo strutturale che attiene al contenuto della prestazione eseguita. Contenuto che può essere anche negoziale. Esempio calzante è rappresentato dal contratto preliminare. In dottrina pochi dubitano che l'atto di «adempimento» dell'obbligo preliminare abbia natura negoziale per quanto sia giuridicamente dovuto.

Assunta la perfetta conciliabilità tra atto solutorio e atto negoziale attraverso l'esemplificazione del binomio preliminare-definitivo, diventa giocoforza trasporre questi risultati nel settore del pagamento traslativo (per escluderne la valenza non negoziale): «se e fintantoché si riscontra, come fa la dottrina assolutamente dominante e più autorevole, la negozialità del contratto definitivo concluso in adempimento di un'obbligazione di contrarre e ci si mantenga coerenti con la premessa della compatibilità fra negozialità e doverosità che tale riconoscimento implica, non si vede poi, come si possa seriamente negare la negozialità dell'atto traslativo *solutionis causa* dovuto»⁽³⁰⁾.

La teoria che si critica conduce, inoltre, a risultati non accettabili sul piano della ricostruzione sistematica dell'istituto in esame basata, come abbiamo detto, sulla derogabilità del principio del consenso traslativo.

Esplicitando il concetto: l'art. 922 c.c. stabilisce che «la proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione, per usucapione, per effetto dei contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge». Com'è ben chiaro tra i modi di acquisto della proprietà non è espressamente contemplata la categoria degli atti giuridici in senso stretto. L'unica via per evitare un diretto contrasto con l'art. 922 sarebbe allora quella di far rientrare le singole fattispecie di pagamento traslativo «negli altri modi stabiliti dalla legge».

Si potrebbe in altri termini dire che il passaggio del bene dal mandatario al mandante avviene mediante un atto non negoziale idoneo a produrre il trasferimento del diritto perché ciò è consentito dall'art. 1706 c.c. La conseguenza è evidente: intanto sarebbe ammissibile un *modus* (leggi: atto giuridico in senso stretto) in grado di far acquistare la proprietà in quanto vi sia una specifica previsione legislativa che espressamente lo consenta.

Non sarebbero, pertanto, configurabili ipotesi di prestazioni isolate non codificate dal legislatore. Soluzione questa che, ancorché in linea con l'art. 922, contrasterebbe con il principio generale della derogabilità del consenso traslativo. Le parti non potrebbero, infatti, differire l'efficacia reale del trasferimento oltre i casi normativamente sanciti con un ingiustificato sacrificio dell'autonomia contrattuale che di quella deroga rappresenta la ragione⁽³¹⁾.

La critica, a mio avviso, potrebbe essere ancora più profonda.

Sarebbe legittima l'affermazione che le fattispecie codificate di pagamento traslativo abbiano la natura di atti giuridici in senso stretto rientranti «negli altri modi stabiliti dalla legge» se e in quanto sia dimostrato che le singole previsioni normative contemplino effettivamente atti di tale natura. Più chiamatene. Tra gli altri modi di acquisto della proprietà potrebbero essere incluse le prestazioni isolate aventi la forma di atti giuridici in senso stretto.

Ma ciò presuppone che le fattispecie tipizzate dal legislatore abbiano sicuramente una struttura non negoziale. Sarebbe, in altri termini, necessario, per la logicità del ragionamento, che l'art. 1706 c.c. dicesse che il trasferimento del bene dal mandatario al mandante avviene mediante un

²⁹NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di dir. civ. comm.* diretto da CICU e MESSINEO, VI, Milano, 1974.

³⁰ANDREOLI, *Riflessioni sull'atto solutorio non dovuto*, in *Studi in onore di F. Messineo*, I, Milano, 1959, 10 ss.

³¹NAVARETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 31.

atto che non partecipa dei caratteri negoziali. Ma ciò non fa né espressamente né implicitamente attraverso la descrizione dei requisiti strutturali dell'atto di trasferimento (ad esempio, stabilendo che non occorre la capacità del *solvens*).

Di fronte ad una previsione normativa neutra, si deve desumere che valga la regola generale sancita nella prima parte dell'art. 922 c.c. e cioè che l'effetto traslativo è intimamente connaturato con la natura negoziale dell'atto che ne permette la realizzazione. In conclusione: perché il trasferimento della proprietà avvenga nei modi «diversi» non rientranti tra quelli nominativamente enunciati occorre una chiara disposizione legislativa che attribuisca all'atto traslativo una natura differente da quella negoziale.

7.1. La tesi negoziale

Chiarito in maniera inequivoca che l'attribuzione del bene non può sfuggire alle regole della negozialità, la dottrina è fortemente divisa su quale debba essere la struttura delle singole fattispecie tipiche e atipiche riconducibili al paradigma del pagamento traslativo. Segnatamente: a) alcuni autori ritengono applicabile il procedimento di formazione del vincolo negoziale disciplinato l'art. 1333 c.c.; b) altri individuano negli atti di adempimento dei negozi unilaterali «puri»; c) altri ancora preferiscono ricostruire la fase procedimentale prodromica alla verifica dell'effetto traslativo secondo le ordinarie regole che presiedono alla conclusione del contratto.

7.1.1. Applicazione dell'art. 1333. Dibattito sulla struttura

L'art. 1333 c.c., intitolato «contratto con obbligazioni del solo proponente», stabilisce che: «la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso»³².

La sensazione immediata che si ricava dalla lettura della riportata disposizione normativa è che la stessa si adatta perfettamente ad accogliere le prestazioni isolate. Queste ultime, infatti, come evoca del resto l'etichetta impiegata, presupponendo un sacrificio del solo disponente senza che sia previsto alcun obbligo corrispettivo in capo al destinatario dell'attribuzione, al momento del trasferimento, ben possono perfezionarsi secondo la suddetta procedura semplificata.

Se, dunque, il pagamento traslativo è disciplinato sul piano procedimentale dall'art. 1333 c.c., l'individuazione della sua struttura giuridica passa necessariamente attraverso le diverse elaborazioni dottrinali che si sono formate intorno alla natura delle fattispecie contemplate dal citato articolo. Queste, in sintesi, le principali tesi allo stato formulate.

1) Teoria del negozio unilaterale.

Tale teoria (³³) rinviene un argomento forte a sostegno della sua validità nell'esistenza di un potere di rifiuto: «che non avrebbe senso alcuno se la proposta fosse davvero una comune proposta contrattuale (sia pure irrevocabile), perché nessun effetto (da rifiutare) si sarebbe ancora prodotto. Non può infatti rifiutarsi se non una situazione sostantiva che già ha prodotto i propri effetti... È chiaro dunque che se, nel caso di cui all'art. 1333 c.c., effetti si sono già prodotti ciò sta a significare che la c.d. proposta è in realtà anch'essa un negozio unilaterale recettizio, come tale pienamente efficace non appena giunto a conoscenza dell'oblato» (³⁴).

³² Sulla tematica la letteratura è vasta: v., da ultimo, DIURNI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente: la tutela dell'oblato*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 681; DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000; GRONDONA, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in *Contratti*, a cura di Cendon, III, Torino, 2000, 89.

³³ Sostenuta, tra gli altri, da: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 1998, Napoli, 814-815; BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1987, 266; GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, IX, 1984, 657 ss.; COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 84 ss.; MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, 61 ss.; BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 185 ss.

³⁴GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 815.

2) *Teoria del contratto.*

Questa opinione ⁽³⁵⁾ è sorretta: «sia dalla lettera della norma (tanto dalla rubrica in cui la relativa fattispecie viene qualificata come contratto, quanto dal testo in cui si definisce come proposta l'atto che, alla stregua della contraria opinione, dovrebbe da solo dar vita al contratto), sia, soprattutto, considerando che lo speciale procedimento ivi contemplato sarebbe del tutto coerente con il modello contrattuale.

La legge infatti, si osserva, non stabilisce che il contratto si conclude nel momento in cui la proposta giunge a conoscenza del destinatario, ma che è la proposta a divenire da questo momento irrevocabile; mentre è soltanto alla scadenza del termine stabilito per il rifiuto che il contratto si perfeziona» ⁽³⁶⁾.

I sostenitori della soluzione contrattuale si dividono poi in ordine al significato da attribuire al mancato esercizio del potere di rifiuto. Segnatamente tale omissione è stata considerata da taluni come manifestazione tacita di accettazione ⁽³⁷⁾; da altri come comportamento con valenza legalmente tipica, nel senso che è la legge ad assegnare al contegno osservato «valore di atto conclusivo della categoria dei contratti in esame» ⁽³⁸⁾.

Autorevole dottrina ⁽³⁹⁾ ha, infine, ritenuto che l'art. 1333 rappresenterebbe la riprova che la bilateralità non è requisito indispensabile nella dinamica di conclusione del contratto potendo ben esistere nel sistema una categoria di contratti a formazione unilaterale. La disposizione normativa citata dimostrerebbe, pertanto, a livello normativo che il vincolo contrattuale può formarsi con un'unica dichiarazione, ossia senza accordo.

Tra le configurazioni teoriche prospettate, a mio avviso, merita di essere condivisa quella che ricostruisce la fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c. in termini di negozio unilaterale. Le ragioni sono quelle autorevolmente indicate dalla dottrina sopra richiamata. Non si tratterebbe, però, di un negozio unilaterale «puro» bensì di un negozio unilaterale a rilievo bilaterale, in quanto il consolidamento degli effetti prodotti dipende pur sempre dalla decisione del destinatario dell'attribuzione patrimoniale.

7.1.2. *Segue: le critiche della dottrina: problemi di effetti e di forma*

La soluzione interpretativa prospettata è validamente sostenibile se si accetta la premessa da cui siamo partiti e cioè che lo schema procedimentale in esame è idoneo a ricomprendere in sé anche le prestazioni isolate. Senonché, autorevole dottrina ⁽⁴⁰⁾ ha revocato in dubbio la possibilità che l'art. 1333 c.c. sia applicabile anche in presenza di negozi ad effetti reali. Il che significherebbe recidere qualunque relazione strutturale tra la disposizione normativa in parola e le fattispecie di pagamento traslativo. Le argomentazioni addotte a sostegno dell'assunta incompatibilità della norma con gli effetti «extraobbligatori» sono le seguenti:

In primo luogo, la lettera della legge restringe il proprio campo applicativo esclusivamente ai contratti ad efficacia obbligatoria.

Il dato semantico non va, però, esaltato. Rappresenta, infatti, un residuo storico del linguaggio formatosi allorché tutti i contratti producevano effetti soltanto obbligatori. Lo riconosce lo stesso

³⁵GABRIELLI, *Lezioni sul contratto, Corso di diritto civile*, Bologna, 1982, 15-17; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, nel *Commentario Utet*, 1980, 76 ss.; SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, 374 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, nel *Commentario del c.c.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, *Libro quarto, Delle Obbligazioni* (art. 1321-1352), Bologna-Roma, 1970, 161 ss.; TAMBURINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, 28 ss.

³⁶SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 533.

³⁷TAMBURINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., 28 ss.; SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, cit., 349 ss.

³⁸SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 106; SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, cit., 534.

³⁹SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, I, Torino, 1993, 60 ss.

⁴⁰SACCO, in *Contratti in generale*, tomo I (a cura di GABRIELLI), in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1999, 74 ss.

autore che ha posto l'argomento, il quale, però, ne accentua la valenza leggendolo in combinato disposto con un secondo elemento costituito dal fatto che: «l'acquisto della proprietà e dell'usufrutto possono nuocere all'oblato».

Ragion per cui in questi casi è necessario che il consenso negoziale si formi mediante le normali tecniche di conclusione del contratto. L'ambito di applicazione della norma deve, pertanto, considerarsi limitato agli atti di disposizione che producono esclusivamente effetti favorevoli semplici, ossia ad atti che conferiscono al suo destinatario facoltà o poteri senza imporgli obblighi od oneri. Le attribuzioni di diritti reali, importando, invece, oneri di custodia, gestione ecc. o eventuali responsabilità *ex art. 2053 c.c.* e potendo, per questi motivi, costituire fonte di potenziale pregiudizio per il destinatario dell'attribuzione stessa, non possono rientrare nell'area di operatività dell'art. 1333⁽⁴¹⁾.

A tali osservazioni critiche si è replicato in questi termini: «la *ratio* dell'art. 1333 c.c. deve essere saggiata alla luce di quanto è contenuto all'interno del vincolo contrattuale e non di quanto da esso possa derivare come conseguenza ulteriore. La tecnica di formazione del contratto in esame sarà, quindi, inammissibile ogniqualvolta sussista un vincolo di sinallagmaticità, vi siano cioè prestazioni a carico di entrambi i contraenti, con conseguente produzione di effetti sfavorevoli in entrambe le sfere giuridiche. Non altrettanto si potrà affermare per effetti pregiudizievoli, quali obblighi ed oneri di manutenzione, che, lungi dal conseguire direttamente dal vincolo contrattuale, possono piuttosto derivare dalla natura del bene oggetto del contratto ed incombono, pertanto, anche sul beneficiario di una donazione senza che perciò venga meno la causa di liberalità. Ancor meno plausibile sembra, poi, il riferimento ad un'eventuale responsabilità extracontrattuale *ex art. 2053 c.c.*: sotto questo profilo, proprio per definizione, ci troviamo totalmente al di fuori del vincolo contrattuale e di sue conseguenze dirette. Prendere in considerazione, pertanto, conseguenze di tal sorta al fine di escludere dallo schema di cui all'art. 1333 c.c. l'acquisto di diritti reali sembra fuorviante. È ben difficile, infatti, escludere a priori che l'acquisto di un qualsiasi diritto, tanto reale quanto di credito, possa produrre per il nuovo titolare conseguenze pregiudizievoli, estranee all'assetto degli effetti tipici dell'atto e ad esso ulteriori, capaci di essere originate, perciò, mediatamente pure da negozi a titolo gratuito»⁽⁴²⁾.

A ciò sia aggiunta che il beneficiario dell'attribuzione deve, comunque, a prescindere dalla divisibilità dei rilievi ora esposti, ritenersi sufficientemente tutelato avverso i potenziali riflessi pregiudizievoli derivanti dall'acquisto di un diritto reale mediante lo strumento del rifiuto concesso dall'art. 1333 c.c.

A sgombrare il campo da ogni dubbio sulla perfetta compatibilità dell'articolo citato con i negozi ad efficacia reale - qualora non si ritenessero bastevoli le osservazioni svolte - intervengono alcune norme specifiche che compravano l'esistenza nel sistema positivo di fattispecie unilaterali produttive di effetti traslativi. Il riferimento è in primo luogo all'art. 649 c.c., il quale prescrivendo che «il legato si acquista senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare» e comprendendo nel proprio ambito applicativo, per pacifico riconoscimento anche il legato *per vindicationem*, rappresenta una chiara ipotesi di acquisto del diritto di proprietà o di un altro diritto reale senza la necessità di un atto di assenso da parte del beneficiario.

Secondo riferimento è all'art. 785 secondo cui «la donazione fatta in riguardo di un determinato futuro matrimonio, sia dagli sposi tra loro, sia da altri a favore di uno o di entrambi gli sposi o dei figli nati da questi, si perfeziona senza bisogno che sia accettata, ma non produce effetto finché non segua il matrimonio». Tale articolo conferma l'esistenza anche nel campo degli atti *inter vivos* di disposizioni normative che disciplinano modelli negoziali unilaterali ad efficacia traslativa. Ciò, invero, proverebbe addirittura più di quanto si intendeva dimostrare. La donazione obnuziale, infatti, si perfezionerebbe in virtù di un negozio unilaterale «puro» non essendo prevista dalla norma che la contempla alcuna possibilità di rifiuto da parte del

⁴¹BIANCA, *Il contratto*, cit., 264; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, 1986, 627; GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, cit., 664.

⁴²SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, cit., 540.

destinatario⁽⁴³⁾. Se, dunque, il legislatore ha disciplinato fattispecie in grado di produrre effetti reali sulla base della sola manifestazione di volontà del disponente senza alcuna forma partecipativa del beneficiario, *a fortiori* il sistema deve permettere l'esistenza di schemi procedurali (art. 1333) diretti al trasferimento della proprietà mediante un atto unilaterale «accompagnato» dal potere di rifiuto della controparte. Cadrebbe, pertanto, l'argomento forte sui si regge la tesi in parola, secondo cui gli effetti traslativi sono intimamente connaturati ad un processo bilaterale di formazione del consenso.

Passando dal terreno degli effetti a quello della forma occorre accertare se non rappresenti un ostacolo all'estensione dell'art. 1333 ai contratti traslativi il necessario rispetto, nei casi di trasferimento di beni immobili o mobili registrati, della forma scritta *ad substantiam*.

È condivisibile sul punto l'orientamento dottrinale che reputa sufficiente a soddisfare il richiesto requisito formale la redazione per iscritto della sola proposta del disponente, «e ciò con riferimento ad entrambe le esigenze che comunemente vengono poste a fondamento dei requisiti di forma vincolata: l'esigenza di assicurare la ponderatezza del consenso e quella di garantire la certezza dell'atto. Quanto alla prima, è evidente che essa è soddisfatta nel momento in cui il soggetto che subisce gli oneri del contratto, esprime la propria dichiarazione per iscritto: non vi è ragione di richiedere analoga dichiarazione da parte di chi, come il destinatario della proposta *ex* art. 1333 c.c., non subisce alcun pregiudizio dalla conclusione del contratto. Quanto alla seconda esigenza, la certezza dell'atto è assicurata pure dalla proposta scritta, allorché si consideri la stessa sufficiente a dar vita alla particolare figura di accordo disciplinata dall'art. 1333 c.c.»⁽⁴⁴⁾.

L'estensione dell'art. 1333 ai contratti formali non potrebbe operare soltanto per coloro che assegnano al silenzio del destinatario il valore di accettazione tacita. È generalmente ammesso che il principio di equipollenza tra dichiarazioni e comportamenti concludenti non può valere per i contratti formali, i quali richiedono, a pena di nullità, che l'accettazione sia anch'essa formale. Il dato non è, però, in grado di infirmare la relazione strutturale tra il pagamento traslativo e l'articolo 1333 atteso che come detto, abbiamo optato, tra le diverse ricostruzioni prospettate, per la teoria del negozio unilaterale a rilievo bilaterale, per la cui validità è sufficiente il rispetto della forma scritta della sola proposta.

7.2. La teoria del negozio unilaterale

Autorevole dottrina⁽⁴⁵⁾ sostiene la tesi della struttura unilaterale «pura» del pagamento traslativo.

Sotto il vigore del codice abrogato gli autori dell'epoca potevano giustificare l'esclusione dell'efficacia traslativa degli atti unilaterali sulla base di un argomento di carattere esegetico: l'art. 710 c.p.v., infatti, prevedeva quale unici modi di trasmissione della proprietà la donazione, le convenzioni e gli atti successori.

«Questo argomento non è più valido, perché l'art. 922 c.c. - statuendo che “la proprietà si acquista (...) per effetto di contratto, per successione a causa di morte e nei modi stabiliti dalla legge” - non esclude che fra questi possa essere ricompreso l'atto unilaterale»⁽⁴⁶⁾.

Al di là del dato normativo la vera ragione che deporrebbe a favore di questa tesi è che in presenza di prestazione isolate non risulta necessario attribuire al destinatario dell'attribuzione patrimoniale una possibilità di rifiuto. Non si deve, infatti, dimenticare che, nei casi in esame, l'attribuzione traslativa è preceduta da un negozio obbligatorio alla cui costituzione entrambe le parti hanno liberamente partecipato programmando che soltanto una di esse rimanga obbligata a porre in essere successivamente l'atto di trasferimento del diritto.

⁴³ CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 339-341.

⁴⁴ V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, 767; nello stesso senso SCIARRONE-ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, cit., 544.

⁴⁵ In particolare BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 480 ss.

⁴⁶ F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, cit., 480.

Non si vede, pertanto, per quale ragione si dovrebbe concedere al destinatario di tale atto la possibilità di rifiutare quegli effetti traslativi alla cui produzione ha già manifestato precedentemente il proprio consenso.

In altri termini, se il motivo che giustifica il ricorso all'art. 1333 c.c. è quello di garantire il beneficiario del negozio di attribuzione contro atti di disposizione non graditi, sembra che tale garanzia sia abbondantemente assicurata dall'aver lo stesso già espresso il suo "gradimento" al momento della costituzione del rapporto obbligatorio⁽⁴⁷⁾.

7.2.1. *Segue: le critiche della dottrina*

Contro questa ricostruzione dottrinale sono state mosse le seguenti critiche.

Anzitutto, il nostro sistema non conosce nell'ambito degli atti tra vivi negozi unilaterali capaci di determinare «il trasferimento di un diritto in capo ad altri soggetti»⁽⁴⁸⁾. Non potrebbe, pertanto, essere ricompreso «nei modi stabiliti dalla legge» di cui all'art. 922 c.c. anche l'atto unilaterale.

Questa affermazione sembra però frutto di una petizione di principio in quanto parte dal presupposto indimostrato che le fattispecie tipiche di pagamento traslativo non abbiano struttura unilaterale. Ragionando specularmente e dando per acquisita la natura unilaterale delle prestazioni isolate tipizzate dal legislatore, si potrebbe con eguale disinvoltura sostenere che siano proprio questi "i modi diversi di acquisto della proprietà" cui fa riferimento l'art. 922 c.c.

Ciò vuol dire che (almeno per le ipotesi di negozi *solvendi causa* nominati) quest'ultima disposizione normativa ha un valore neutro. In ogni caso, sia detto in via incidentale, il sistema conosce sicuramente almeno una fattispecie capace di determinare anche nel settore degli atti tra vivi effetti traslativi sulla base della sola manifestazione di volontà del disponente: mi riferisco alla donazione obnuziale a cui si è fatto cenno in precedenza.

La seconda obiezione verte sul fatto che la ricostruzione criticata urta contro il principio della tipicità delle promesse unilaterali sancito dall'art. 1987 c.c.

Si osserva testualmente: «Né va dimenticato che, quanto meno con riferimento agli atti unilaterali fonte di obbligazione, l'art. 1987 detta la regola della tipicità degli stessi: sicché sarebbe paradossale che mentre le promesse unilaterali fonte di obbligazioni sono tipiche vi possono essere atti unilaterali atipici capaci di determinare l'acquisto di diritti reali in capo al destinatario dei relativi effetti»⁽⁴⁹⁾.

L'obiezione non è, però, convincente per le seguenti ragioni.

La funzione del richiamato principio di tipicità è, da un lato, quella di ribadire la fondamentale regola *nudum pactum non obligat* sottolineando la necessità di una giustificazione causale perché si verifichi un effetto attributivo⁽⁵⁰⁾; dall'altro quella di salvaguardare il canone della

⁴⁷ In questo senso si sono espressi: CAMARDI, *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, in *Diritto privato, casi e questioni*, collana diretta da M. BESSONE, Milano, 1999, 122-123; SCIARRONEALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, cit., 545. Sulla base di queste premesse attenta dottrina ha concluso nel modo che segue: «Se queste considerazioni non sono infondate (...) si apre una via per inquadrare la questione in esame secondo una logica più appropriata al tipo di problema che essa manifesta. E poiché il problema è solo quello dell'accettazione da parte del creditore/acquirente del pagamento traslativo (...) allora esso può essere utilmente trattato come problema della forma che deve assumere l'accettazione del creditore rispetto al pagamento del debitore: e può essere pertanto risolto nell'ambito della disciplina dei rapporti obbligatori e in particolare dell'adempimento e della mora del creditore.

Da queste norme si desume che, in linea di principio, il creditore non deve consentire all'esecuzione della prestazione, ma deve solo riceverla, e compiere tutto quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere. Si desume altresì che il creditore può rifiutare la prestazione, se ricorrono determinate circostanze (art. 1180, comma 2), ovvero se l'adempimento si presenta parziale o inesatto (art. 1181), e si desume altresì che, trattandosi dell'esercizio del diritto alla prestazione esatta, tale rifiuto deve essere espresso e motivato» (CAMARDI, *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, cit., 122-123)

⁴⁸ V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, cit., 765.

⁴⁹ V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, cit., 765.

⁵⁰ BRANCA, *Delle promesse unilaterali*, nel *Commentario del c.c.* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1959, 354.

intangibilità delle sfere giuridiche dei terzi (⁵¹). Se così è, soltanto una promessa atipica astratta che invade in maniera incontrollata l'altrui patrimonio giuridico deve essere valutata, *ex art. 1987* priva di effetti.

In presenza di un negozio traslativo *solvendi causa* entrambe le evenienze sono, però, scongiurate: l'astrattezza è scongiurata dalla ricezione del fondamento causale dal precedente rapporto obbligatorio; l'invasione incontrollata dell'altrui sfera giuridica, dall'aver il destinatario dell'atto espresso già il proprio consenso alla produzione degli effetti al momento della formazione del vincolo obbligatorio. Sulla base di questa motivazione si può, pertanto, giustificare la possibilità che negozi unilaterali siano produttivi di effetti reali;

In terzo luogo, la tesi criticata non consente al destinatario dell'attribuzione patrimoniale di evitare gli oneri di gestione e di manutenzione che ineriscono alla titolarità dei diritti reali. Se tali oneri, si sostiene, non appaiano idonei ad escludere dalla portata dell'art. 1333 i contratti ad efficacia reale, nondimeno richiedono almeno l'esistenza di un potere di rifiuto che non sarebbe concesso aderendo alla concezione del negozio unilaterale «puro». L'osservazione è inconferente perché dimentica che la valutazione di convenienza dell'affare nella sua complessità è stata già operata da entrambe le parti al momento dell'assunzione dell'obbligo (di dare). Non si vede, pertanto, quale sia la ragione per concedere un potere di rifiuto per evitare oneri di gestione che il destinatario dell'attribuzione patrimoniale sapeva esistenti - perché connessi alla natura del bene trasferito - sin dalla fase di costituzione del vincolo obbligatorio.

7.3. La teoria del contratto

Bastano pochissime parole. Tale teoria è, infatti, il risultato a cui pervengono quegli autori che continuano a sostenere che la produzione degli effetti reali non può sfuggire alla logica della formazione bilaterale del consenso (⁵²). Fonda la propria base dogmatica sulla critiche che abbiamo visto vengono mosse agli indirizzi dottrinali sin qui esposti. Mi sembra, però, che sia stato dimostrato che non esistono, allo stato, valide ragioni per non ricostruire la struttura delle singole fattispecie di pagamento traslativo secondo procedure di più rapida e agevole esecuzione.

7.4. Osservazioni conclusive

A questo punto si tratta soltanto di prendere in maniera più chiara posizione tra la tesi del negozio unilaterale «puro» ovvero quella del negozio unilaterale «rifiutabile» secondo lo schema dell'art. 1333. Come abbiamo visto, le critiche mosse all'una e all'altra tesi sono risultate prive di reale efficacia argomentativa. Entrambe sarebbero, pertanto, validamente sostenibili.

Sul piano sostanziale, l'orientamento che ritiene sufficiente un mera attribuzione unilaterale senza concedere al destinatario dell'attribuzione traslativa alcuna possibilità di rifiuto sembra essere, invero, più ragionevole. Ciò in quanto, come detto, rappresenterebbe soltanto un inutile garantismo attribuire al soggetto beneficiario del bene il potere di non accettare ciò che si era liberamente determinato ad accettare in sede di assunzione dell'obbligo di dare.

Senonché condividere questa soluzione significherebbe limitare la sfera di ricorrenza delle fattispecie di pagamento traslativo soltanto alle ipotesi previste dalla legge. Ciò in quanto le attribuzioni negoziali unilaterali - strutturalmente accertate come tali - sono in grado di produrre effetti reali soltanto nei casi legislativamente stabiliti. Non esistendo, infatti, una norma di carattere generale - come quella prevista in materia contrattuale dall'art. 1322 - che consente alle parti di dar vita a fattispecie traslative unilaterali atipiche, la conclusione obbligata sarebbe di circoscrivere la configurabilità delle prestazioni isolate ai soli casi singoli stabiliti dal legislatore. Una tale conclusione contrasta, però, con quanto si è detto nel primo paragrafo a favore della derogabilità della regola consensualistica in ossequio al principio di autonomia contrattuale.

⁵¹ Così GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 58 ss.; CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 265 ss.

⁵² In questo senso recentemente MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sull'obbligazione di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, 651 ss.

Optando, invece, per la teoria del negozio unilaterale rifiutabile si risolve in radice il problema, in quanto l'art. 1333 c.c. rappresenta uno schema normativo generale che consente alle parti di dar vita anche a fattispecie negoziali traslative non rientranti tra quelle specificamente disciplinate.

8. Rapporti tra contratto preliminare e pagamento traslativo. Aspetti comuni e differenziali

La separazione temporale tra una fase programmatica e una fase attuativa del trasferimento è possibile anche utilizzando la categoria generale della contrattazione preliminare, che rinviene le regole della propria disciplina giuridica negli artt. 1351, 2932, 2652 n. 2, 2645-*bis*, 2775-*bis* c.c. L'esistenza di uno strumento normativo che consente un differimento dell'effetto traslativo ad un momento successivo a quello in cui viene predeterminato l'assetto di interessi tra le parti evoca evidenti similitudini con la figura che ci occupa. Esaminare, pertanto, comparativamente la sequenza preliminare-definitivo, obbligo di dare-pagamento traslativo per porne in evidenza i profili comuni e differenziali assume un rilievo fondamentale non solo ai fini di una più chiara e coerente ricostruzione del sistema ma anche e soprattutto per le implicazioni pratiche che dal raffronto potrebbero derivare.

L'indagine proposta risente, però, a sua volta, delle diverse ricostruzioni dottrinarie elaborate in dottrina in ordine alla natura del rapporto tra preliminare e definitivo. Per esigenze di chiarezza è bene, pertanto, sia pure brevemente, illustrare quali siano le principali ricostruzioni dottrinali a tal proposito formulate per tentare di verificare in relazione a ciascuna di esse le conseguenze che ne discendono sul tema in esame.

8.1. Le teorie contrattualistiche

Queste teorie, pur nella varietà dei percorsi argomentativi seguiti, riconoscono natura negoziale al contratto definitivo.

Autorevole dottrina giunge a tale conclusione partendo dalla individuazione della funzione della scissione temporale tra il consenso preliminare e il trasferimento del diritto. Segnatamente, si sostiene che la ragione pratica della scissione risiede nella possibilità che le parti intendono riservarsi di effettuare un secondo giudizio di convenienza prima di consacrare l'assetto economico programmato, alla luce soprattutto delle sopravvenienze giuridicamente rilevanti manifestatesi dopo l'assunzione del vincolo obbligatorio.

Qualora, pertanto, prima della definitiva conclusione dell'operazione economica si scopra l'esistenza di cause, ad esempio, di annullabilità o di risoluzione del futuro contratto, il contraente svantaggiato può rifiutarsi di addivenire alla introduzione del nuovo regolamento di interessi, anziché essere costretto a reagire - con tutti i limiti da cui tale reazione è circondata - contro un regolamento già posto⁽⁵³⁾.

Questa funzione porta con sé la sicura negozialità del definitivo: «la valutazione di convenienza già operata con il preliminare e da questo irretrattabilmente mutuata, viene però, con il definitivo, ulteriormente verificata nei suoi presupposti, così come si manifestano e sono conosciuti nel momento della stipulazione definitiva; e richiedere per il compimento di quest'attività di verifica la presenza dei requisiti che sono postulati da una valida attività negoziale, sembra tutt'altro che assurdo od inopportuno»⁽⁵⁴⁾.

In quest'ottica ricostruttiva saremmo, pertanto, in presenza di due autonomi e distinti contratti che si susseguono con identico contenuto nell'esigenza funzionale di consentire alle parti una rinnovazione del giudizio di convenienza e un controllo sulle sopravvenienze (c.d. teoria del doppio contratto).

⁵³GABRIELLI, *Contratto preliminare*, Milano, 1970, 137 ss.; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1989, 279; DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. Civ. comm. Bigiavi*, Torino, 1980.

⁵⁴GABRIELLI-FRANCESCHELLI, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur.* IX, Roma, 1988, 5.

La tesi sin qui esposta segna le più profonde differenze con l'istituto del pagamento traslativo. Vediamole.

1) Dal contratto preliminare nascerebbe un'obbligazione di fare⁽⁵⁵⁾, intesa quale obbligazione di prestare il consenso alla stipulazione del definitivo; 1') la «fonte» del pagamento traslativo è, invece, rappresentata da un negozio dal quale sorge un obbligo di dare, inteso quale obbligo di fare acquistare la proprietà;

2) il contratto definitivo avrebbe una causa interna che si identifica con la giustificazione causale dello schema negoziale prescelto (es. vendita); 2') le prestazioni isolate hanno, invece, una causa esterna rappresentata dal pregresso rapporto obbligatorio a cui si aggiunge, secondo la prevalente dottrina, la c.d. *expressio causae*;

3) i vizi che inficiano il preliminare non si ripercuotono normalmente sul definitivo a meno che non si tratti di vizi che permangono oggettivamente nella loro entità iniziale come accadrebbe nei casi di illiceità dell'oggetto, squilibrio della prestazione producente rescindibilità, ecc.. Qualora, invece, ciò non accada perché, ad esempio, il definitivo di un preliminare nullo per difetto formale viene concluso nella forma prescritta dalla legge non si verifica alcuna ripercussione dell'invalidità dell'uno sull'altro. La ragione di questa perfetta autonomia tra le predette componenti della sequenza procedimentale è rappresentata proprio dalla riconosciuta natura negoziale del definitivo, dotato di una propria causa⁵⁶. Il solo spazio operativo concesso alla parti per sciogliersi da un vincolo assunto sulla base di un preliminare invalido è costituito dalla norme sull'errore.

Secondo autorevole dottrina⁽⁵⁷⁾, infatti, qualora si provi che ragione unica o principale della conclusione del definitivo da parte del contraente rimasto vittima del vizio nel momento del preliminare è stata l'erronea convinzione circa il carattere vincolante di quest'ultimo, si può ottenere la caducazione del rapporto contrattuale ugualmente assunto; 3') il pagamento traslativo attuato nonostante la mancanza o l'invalidità del precedente rapporto obbligatorio determina, come detto, la inesorabile nullità del trasferimento del diritto ovvero la ripetibilità della prestazione resa. In questo caso si attua, pertanto, un collegamento più stretto determinato dal fatto che la giustificazione causale è contenuta nella pregressa attività negoziale;

4) il contratto definitivo si perfeziona mediante la manifestazione di consenso di entrambe le parti; 4') il procedimento di formazione della volontà traslativa nelle prestazioni isolate, secondo il prevalente orientamento interpretativo, ha struttura unilaterale ovvero segue le regole dello schema semplificato disciplinato dall'art. 1333.

Questa ricostruzione, in definitiva, è rimasta fedele al principio del consenso traslativo avendo escluso che la previsione normativa del contratto preliminare abbia introdotto nel nostro sistema la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*. Dal preliminare nasce, infatti, un mero obbligo di fare al quale segue un titolo negoziale che dotato di consenso+causa si pone perfettamente in linea con la regola consensualistica consacrata nell'art. 1376 c.c.. Si comprendono, pertanto, gli accentuati profili di differenziazione tra le sequenze poste in comparazione le quali manterrebbero quale unico aspetto comune il differimento temporale dell'effetto reale.

8.2. La teoria non negoziale

⁵⁵ V., per tutti, F. MESSINEO, voce *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 166 ss.

⁵⁶ «Una volta che la volontà negoziale definitiva si è formata, e sia pure riprendendo i termini delle valutazioni di convenienza operate in sede preliminare, l'esistenza del contratto preparatorio diventa un mero fatto storico, la cui rilevanza può cogliersi, al massimo, sul piano dei motivi individuali» (GABRIELLI-FRANCESCHELLI, voce *Contratto preliminare*, cit., 6).

⁵⁷ SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1970, 126 ss.; PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, I, 452.

Secondo una diversa impostazione dottrinale ⁽⁵⁸⁾, il rapporto preliminare-definitivo riproduce nel nostro sistema la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*. Dal contratto preliminare nasce un obbligo di dare (*titulus*) al quale fa seguito un atto (*modus*) di adempimento dell'obbligo assunto. Tale atto sarebbe privo dei connotati della negoziabilità assorbiti dalla carattere dovuto della prestazione programmata: «il definitivo è (...) un *modus acquirendi*, come tale caratterizzato da doverosità e quindi atto dovuto al pari dell'adempimento e di ciò si deve tener conto quando si tratta di stabilire quale sia la sua disciplina sul piano dei presupposti e dei vizi» ⁽⁵⁹⁾.

Il baricentro si sposta, pertanto, dal definitivo al preliminare che diventa fonte degli effetti contrattuali finali. Tenuto conto che nella prassi commerciale il preliminare è utilizzato quasi esclusivamente con riguardo alla vendita, la dottrina citata perviene alla identificazione del preliminare (di vendita) con la vendita obbligatoria. Con la precisazione, però, che la c.d. vendita obbligatoria preliminare rientrerebbe nella previsione normativa di cui all'art. 1476 n. 2 in virtù di una interpretazione estensiva atteso che la norma si riferisce letteralmente soltanto a quelle fattispecie in cui l'obbligo: «di far acquistare la proprietà è solo strumentale, dal momento che l'effetto finale che nasce dal contratto di vendita è pur sempre l'effetto reale, sia pure differito nel tempo. In questa diversa ipotesi l'obbligo è invece l'effetto diretto ed immediato del contratto, perché l'effetto reale si riallaccia (anche) al definitivo, posto in essere successivamente» ⁽⁶⁰⁾.

Il preliminare starebbe, pertanto, assumendo sempre più «l'aspetto e le sembianze di un comune contratto obbligatorio, con cui le parti si promettono «prestazioni» più che «consensi» ⁽⁶¹⁾. La stessa Corte di Cassazione mostra di orientarsi - secondo i sostenitori della teoria in esame - in questo senso quando sostiene che il contratto preliminare nella realtà commerciale: «non ha nulla a che vedere con quella costruzione astratta, di dubbia legittimità logico-giuridica, che il legislatore del 1941 [sic!] ritenne di rispecchiare nell'art. 1351» e aggiunge che il definitivo non è «nient'altro che un puro e semplice adempimento delle obbligazioni assunte con il c.d. preliminare, che resta l'unico e vero regolamento contrattuale dei rapporti» ⁽⁶²⁾.

Seguendo questa diversa ricostruzione è agevole osservare che gli aspetti di differenziazione tra le due sequenze procedimentali in esame tendono a svanire. Così come avviene in presenza del binomio contratto obbligatorio-pagamento traslativo: 1) dal preliminare nascerebbe un obbligo dare in senso tecnico; 2) il trasferimento della proprietà attuato con il definitivo avverrebbe in virtù di una *causa solutionis*; 3) il collegamento tra le due fasi temporali dell'operazione economica programmata assumerebbe maggiore pregnanza cosicché i vizi del preliminare - unica fonte degli effetti finali - non potrebbero non ripercuotersi sul definitivo con la consequenziale applicazione delle regole della ripetizione dell'indebitato (o della nullità).

Fermandoci qui sembrerebbe che vi sia perfetta identità tra i due modelli di trasferimento differito.

Rimane il profilo della struttura. Anche tale aspetto verrà trattato esclusivamente nell'ottica della dottrina il cui orientamento si sta esponendo. Quest'ultima, a proposito del pagamento traslativo sostiene che lo stesso è un «atto unilaterale come sono unilaterale gli atti di adempimento, cosicché non sarà necessario un contratto, né bilaterale, né unilaterale *ex art. 1333 c.c.*. Un rifiuto, in tal caso, o, tanto meno, una accettazione, non avrebbero, infatti, senso alcuno avendo oltretutto l'*accipiens* già manifestato la propria volontà in sede di nascita dell'obbligo di dare o accettando o non rifiutando l'assunzione dell'obbligo stesso» ⁽⁶³⁾.

Le medesime argomentazioni, con le necessarie puntualizzazioni, vengono trasposte nell'ambito della contrattazione preliminare. Anche in questo caso nella fase di conclusione del definitivo si

⁵⁸GAZZONI, *Il contratto preliminare*, estratto da *Il contratto in generale*, vol. IX, t. II, del *Tratt. dir. priv.* diretto da BESSONE, Torino, 1998, 11 ss.; ID. *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, 20 ss.

⁵⁹GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 13.

⁶⁰GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 12.

⁶¹DI MAJO, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di BESSONE, Torino, 1996, 569.

⁶² Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 540.

⁶³GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, 2900.

potrebbe prescindere dal consenso dell'acquirente: «non si comprende (...) come possa pretendersi il consenso dell'acquirente quando costui lo abbia già precedentemente espresso con il preliminare, tanto ciò vero che, in caso di rifiuto di stipulare il definitivo, interverrebbe la sentenza *ex art. 2932*. Il rifiuto, dunque, sarebbe ammissibile, a ben vedere, solo se c'è adempimento inesatto, *aliud pro alio* o quando sussistano all'evidenza vizi della cosa»⁽⁶⁴⁾.

La struttura del definitivo dovrebbe essere, dunque, anch'essa unilaterale.

Soluzione questa che, però, deve spiegare come la stessa - tenuto conto che è stata formulata avuto riguardo alla vendita - possa conciliarsi con l'obbligazione di pagare il prezzo. Le fattispecie di pagamento traslativo, ricordiamo, si caratterizzano proprio in quanto l'effetto traslativo avviene per il tramite di una prestazione isolata. Se obbligazioni (anche di pagare una somma di denaro) sono previste, queste vengono adempiute al momento dell'assunzione del vincolo obbligatorio.

In quest'ottica ricostruttiva trova una ragionevole giustificazione l'adozione di uno strumento unilaterale (al più mitigato da un potere di rifiuto secondo lo schema dell'art. 1333 c.c.). Quando, invece, ci troviamo di fronte ad una contrattazione preliminare di vendita questa ricostruzione strutturale incontra un forte elemento di disturbo nella presenza dell'obbligazione di versare un corrispettivo in capo all'acquirente.

L'esistenza di una tale obbligazione corrispettiva induce a pensare alla ricorrenza di un procedimento necessariamente bilaterale di formazione della volontà negoziale. Sennonché l'autore che sostiene la possibilità che il contratto definitivo si risolva, sul piano dell'attribuzione traslativa, in un atto unilaterale da una risposta articolata al «problema» prezzo distinguendo le seguenti ipotesi concrete:

1) il prezzo è stato pagato al momento della stipulazione del preliminare. È ovvio che in questo caso rimarrebbe soltanto l'obbligo di trasferire il diritto sul bene che potrebbe attuarsi in via unilaterale mediante una prestazione isolata. Si tratta della fattispecie del c.d. preliminare ad effetti anticipati che, come abbiamo detto nella prima parte del presente lavoro, ben può essere annoverata tra le ipotesi di pagamento traslativo;

2) il prezzo deve essere pagato dopo il definitivo. Anche qui nulla impedirebbe, sempre secondo la tesi in esame, che l'attribuzione traslativa prescindendo dal consenso (già espresso in precedenza) dell'acquirente avvenga mediante un atto unilaterale dell'alienante il quale potrebbe tutelarsi condizionando il trasferimento del bene al pagamento del prezzo: «parallelamente a quell'orientamento giurisprudenziale che ammette una pronuncia *ex art. 2932* bensì traslativa della proprietà, ma condizionata al pagamento del prezzo. Ciò è tanto più vero se si considera anche la possibilità di dar vita a promesse condizionate ad una prestazione del promissario»⁽⁶⁵⁾;

3) il prezzo viene pagato al momento del trasferimento del diritto. Persino in questo caso, in cui l'attribuzione traslativa si inserisce in un evidente contesto bilaterale, si ritiene che «la veste contrattuale è puramente apparente». Si richiama, a tal proposito, l'insegnamento di quella dottrina che chiarisce che in tale ipotesi l'unica particolarità consiste nel fatto che entrambi i contraenti rivestono la qualifica di debitori: «l'atto di ciascun debitore va valutato perciò in sé, senza combinarlo con l'atto dell'altro debitore ed in esso vanno riscontrati i caratteri propri di tutti gli atti giuridici e quelli particolari degli atti dovuti»⁽⁶⁶⁾.

Resterebbe il problema dell'iscrizione dell'ipoteca legale *ex art. 2817 n. 1*, considerato che sarebbe impossibile curarne l'iscrizione prima dell'alienazione quando il bene è ancora di proprietà del creditore, mentre successivamente al trasferimento potrebbe ritenersi necessario il consenso del debitore, il quale, divenuto proprietario, potrebbe ovviamente negarlo.

Sennonché, si è osservato: «l'art. 2817 n. 1 si riferisce non già al venditore e alla compravendita, ma all'alienante e all'atto di alienazione. Non sembra allora esclusa la possibilità di pretendere dal conservatore l'iscrizione di ipoteca esibendo l'atto unilaterale traslativo, naturalmente

⁶⁴GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, cit., 42.

⁶⁵GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 16.

⁶⁶RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, 117.

ricollegabile, sul piano dell'*expressio causae*, al precedente contratto preliminare, dal quale risulti non solo l'entità del prezzo, ma anche il fatto che esso deve essere pagato successivamente al trasferimento.

Conclusione non illogica, se si considera che l'ipoteca in tal caso sarebbe legale e prescinderebbe quindi dal consenso del proprietario del bene da ipotecare. Può solo discutersi se, come sembra corretto ritenere, l'iscrizione presupponga la pregressa trascrizione del preliminare»⁽⁶⁷⁾.

Sul piano applicativo questa soluzione sortirebbe rilevanti vantaggi concreti. Il promittente venditore non sarebbe, infatti, costretto ad iniziare un giudizio *ex art. 2932 c.c.* di fronte alla mancata cooperazione della controparte ben potendo adempiere unilateralmente al fine di estinguere la propria obbligazione. «Egli potrà poi, in caso di inadempimento all'obbligo di pagare il prezzo da parte del (già promittente) acquirente, agire per la condanna ad adempiere (art. 1453, comma 1) o iniziare direttamente l'esecuzione forzata per espropriazione, avvalendosi della garanzia ipotecaria (artt. 2808 e 2910). La sentenza *ex art. 2932* ha dunque un senso, cioè a dire è imprescindibile, solo quando ad agire è il promittente acquirente»⁽⁶⁸⁾.

Perché questi effetti possano prodursi è, però, necessaria che venga indicato, mediante l'*expressio causae*, lo scopo solutorio al fine di potere imputare l'atto traslativo al pregresso rapporto preliminare.

È chiaro, pertanto, come aderendo alla riportata concezione dottrinale il binomio preliminare-definitivo si identifica, sia sotto il profilo strutturale che funzionale, con la sequenza obbligo di dare-pagamento traslativo. Il definitivo (di vendita) altro non sarebbe che una fattispecie di pagamento traslativo. Lo strappo alla regola consensualistica è definitivamente compiuto.

Unico spazio in cui sarebbe possibile pensare ad una separazione concettuale tra le figure in esame si avrebbe quando «si modifica l'oggetto del preliminare o si sostituisce il pagamento del prezzo con la dazione di un bene, configurandosi così una permuta. In questi casi, sempre che ricorra l'*expressio causae*, il definitivo ha senza dubbio natura contrattuale e va qualificato come contratto modificativo-estintivo del tipo *datio in solutum*, con ogni conseguenza quanto alla sua disciplina, in specie sul piano della *causa solvendi*, pur sempre ricorrente, con possibile applicazione, se del caso, dell'art. 1197, comma 2»⁽⁶⁹⁾.

Omissis...

⁶⁷GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 16.

⁶⁸GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 17.

⁶⁹GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 22-23.

IL CONTRATTO DI COMPRAVENDITA

Dalla dispensa sui singoli contratti del 22.12.2017

1. Il contratto di vendita. **Rinvio alla lezione per l'inquadramento generale.**

2. Distinzione tra vizi redibitori e mancanza di qualità promesse o essenziali: **Cassazione civile, sez. II, n. 6596/2016**

Omissis

E' quindi evidente che la sentenza impugnata abbia inquadrato la vicenda nella garanzia di cui all'art. 1497 cod. civ., la quale attiene alle qualità intrinseche della cosa venduta esistenti al momento della conclusione del contratto. Mentre, infatti, la garanzia per vizi ha la finalità di assicurare l'equilibrio contrattuale in attuazione del sinallagma funzionale indipendentemente dalla colpa del venditore, l'azione di cui all'art. 1497 cod. civ., rientrando in quella disciplinata in via generale dall'art. 1453 cod. civ., postula che l'inadempimento messo a base della domanda di risoluzione e/o di risarcimento del danno sia imputabile a colpa dell'alienante ed abbia non scarsa importanza, tenuto conto dell'interesse della parte non inadempiente. Peraltro, allorchè il compratore richieda il risarcimento dei danni, opera la presunzione di cui all'art. 1218 cod. civ., avente carattere generale ed applicabile all'inadempimento contrattuale in genere. Inoltre, poichè nell'ipotesi di mancanza delle qualità pattuite o promesse assume rilievo decisivo il ruolo della volontà negoziale, l'indagine che il giudice deve compiere al riguardo ha necessariamente ad oggetto un elemento fattuale diverso ed estraneo rispetto alla fattispecie relativa alla presenza di un vizio o difetto che rendono la cosa venduta inidonea all'uso al quale la stessa è "normalmente" destinata (Cass. 24 maggio 2005, n. 10922). Il vizio redibitorio (art. 1490 cod. civ.) e la mancanza di qualità promesse o essenziali (art. 1497 cod. civ.), pur presupponendo entrambi l'appartenenza della cosa al genere pattuito, si differenziano, quindi, in quanto il primo riguarda le imperfezioni ed i difetti inerenti al processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione della cosa medesima, mentre la seconda è inerente alla natura della merce e concerne tutti quegli elementi essenziali e sostanziali che, nell'ambito del medesimo genere, influiscono sulla classificazione della cosa in una specie, piuttosto che in un'altra. Alle due distinte categorie dei vizi e della mancanza di qualità corrispondono, a tutela del compratore, due diverse azioni, rispettivamente la redibitoria e quella contrattuale, e, mentre la prima appresta una garanzia in senso tecnico, l'altra, salva l'unificazione dell'onere della denuncia e dei termini di decadenza e di prescrizione (art. 1497 c.c., comma 2) rientra nella disciplina ordinaria degli inadempimenti contrattuali. Vizi redibitori e mancanza di qualità si distinguono, a loro volta, dall'ipotesi della consegna di "aliud pro alio", la quale ricorre quando la cosa venduta appartenga ad un genere del tutto diverso, o presenti difetti che le impediscano di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti (cd.

inidoneità ad assolvere la funzione economico - sociale), facendola degradare in una sottospecie del tutto diversa da quella dedotta in contratto (Cass. 19 dicembre 2013, n. 28419; Cass. 7 marzo 2007, n. 5202; Cass. 13 gennaio 1997, n. 244).

In particolare, vertendosi in tema di inadempimento del contratto di compravendita, la diversità di composizione e di struttura della cosa consegnata rispetto a quanto pattuito non assurge a precipuo elemento di identificazione del bene, che costituisce, secondo quanto già detto, il parametro per distinguere la consegna di "aliud pro alio" dall'ipotesi di cui agli artt. 1492, 1497 cod. civ., sempre che, come nel caso in esame, non risulti del tutto compromessa la destinazione all'uso considerato dalle parti.

Segue: Cassazione civile, sez. II, 29/04/2010, n. 10285

Ciò posto va evidenziato che secondo i principi pacifici nella giurisprudenza di legittimità, in tema

di compravendita il vizio redibitorio (art. 1490 c.c.) e la mancanza di qualità promesse o essenziali (art. 1497c.c.) pur presupponendo entrambi l'appartenenza della cosa al genere pattuito, si differenziano in quanto il primo riguarda le imperfezioni ed i difetti inerenti al processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione della cosa medesima, mentre la seconda è inerente alla natura della merce e concerne tutti quegli elementi essenziali e sostanziali che, nell'ambito del medesimo genere, influiscono sulla classificazione della cosa in una specie, piuttosto che in un'altra. Vizi redibitori e mancanza di qualità si distinguono, a loro volta, dall'ipotesi della consegna *aliud pro alio*, la quale ricorre quando la cosa venduta appartenga ad un genere del tutto diverso, o presenti difetti che le impediscono di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti (cd. inidoneità ad assolvere la funzione economico - sociale), facendola degradare in una sottospecie del tutto diversa da quella dedotta in contratto.

3. Vendita *aliud pro alio*: Cassazione civile, sez. II, 30/01/2017, n. 2294

In materia di vendita d'immobile destinato ad abitazione integra l'ipotesi di consegna di *aliud pro alio* il difetto assoluto della licenza di abitabilità ovvero l'insussistenza delle condizioni necessarie per ottenerla in dipendenza della presenza di insanabili violazioni della legge urbanistica.

Il venditore di un immobile destinato ad abitazione ha l'obbligo di consegnare all'acquirente il certificato di abitabilità, senza il quale l'immobile stesso è incommerciabile; la violazione di tale obbligo può legittimare sia la domanda di risoluzione del contratto, sia quella di risarcimento del danno, sia l'eccezione di inadempimento; tale violazione non è sanata dalla mera circostanza che il venditore, al momento della stipula, abbia già presentato una domanda di condono per sanare l'irregolarità amministrativa dell'immobile .

2.3. Azione di esatto adempimento e vizi del bene: Cass. civ., sez. un., 21 Giugno 2005, n. 13294

Diritto 1. *Il ricorso contiene tre motivi.*

a) *Il primo motivo riguarda la violazione e falsa applicazione degli artt. 1492, 1495 e 1230 c.c.. Sostiene la ricorrente che a seguito della novazione dell'originaria obbligazione di garanzia per effetto dell'impegno assunto dal venditore di riparare la cosa difettosa, non era ammissibile l'azione di riduzione del prezzo, riconducibile, ai sensi dell'art. 1490 c.c., esclusivamente alla garanzia per vizi: nel caso di inadempimento della nuova obbligazione - assunta dal venditore in sostituzione di quella di garanzia e non rientrante per il suo contenuto fra quelle derivanti dal contratto di compravendita - il rimedio esperibile era soltanto quello del risarcimento del danno.*

b) *Il secondo motivo concerne la violazione e falsa applicazione degli artt. 1492 e 1495 c.c. sotto un diverso profilo. La ricorrente censura la sentenza impugnata per aver - nel ritenere ammissibile il rimedio della riduzione del prezzo nel caso di inadempimento della nuova obbligazione assunta dal venditore - erroneamente applicato il principio di diritto formulato dalla Suprema Corte (con la decisione richiamata: Cass. 27.11.1985, n. 5889), secondo cui il compratore può chiedere, ai sensi dell'art. 1455 c.c., la risoluzione del contratto: tale norma esclude l'actio quanti minoris.*

c) *Il terzo motivo attiene alla violazione e falsa applicazione degli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c.. La ricorrente deduce che erroneamente la sentenza impugnata ha ritenuto l'esistenza del giudicato in ordine all'ammissibilità dell'azione quanti minoris, senza considerare che aveva formato oggetto dell'appello da essa proposto.*

2. *In relazione ai primi due motivi, da trattare congiuntamente per evidenti ragioni di connessione, l'ordinanza di remissione ha rilevato l'esistenza di un contrasto all'interno della giurisprudenza di questa Corte nei seguenti termini.*

2.1. *Con pronunce conformi la Suprema Corte ha affermato e ribadito che, qualora il venditore riconosca la sussistenza di difetti della prestazione eseguita ed assuma, in luogo dell'obbligazione di garanzia rientrante nell'originario contratto, l'obbligo di eliminare i vizi stessi, si configura a carico di tale parte un'obbligazione nuova ed autonoma (rispetto a quella di garanzia), non*

soggetta ai termini di prescrizione e decadenza previsti dalla disciplina del contratto di vendita (art. 1495 c.c.), restando soggetta all'ordinaria prescrizione decennale (v., fra tante, Cass. 19.6.2000, n. 8294; 12.5.2000, n. 6089; 11.5.2000, n.6036; 24.4.1998, n. 4219; 29.8.1997, n. 8234; 20.2.1997, n. 1561; 12.6.1991, n. 6641).

2.2. Tali pronunce appaiono in contrasto con altre dalle quali, con riferimento all'istituto della novazione oggettiva in generale (art. 1230 c.c.), si ricava il principio costantemente ribadito dalla Corte di Cassazione, secondo il quale l'effetto estintivo dell'obbligazione, che è proprio della novazione, presuppone sempre - anche se si acceda alla concezione più ampia della novazione medesima, che la ravvisa in ogni ipotesi di mutamenti di carattere quantitativo dell'oggetto o di modifiche di modalità o di elementi di una medesima prestazione - che sia accertata comunque la sussistenza dell'*animus novandi*, che deve essere provato in concreto (Cass. 12.9.2000, n. 12039; 14.7.2000, n. 9354); con l'ulteriore corollario che la modifica dell'oggetto del contratto integra una novazione quando dà effettivamente luogo ad una nuova obbligazione incompatibile con il persistere dell'obbligazione originaria, e non anche quando le parti regolino semplicemente le modalità relative all'esecuzione dell'obbligazione preesistente, senza alterarne l'oggetto ed il titolo (Cass. 22.5.1998, n. 5117; 7.3.1983, n. 1676).

2.3. Secondo l'ordinanza di remissione, ove si ritengano applicabili i principi enunciati nelle sentenze da ultimo citate, sarebbe quanto meno problematico aderire alla soluzione offerta dalle pronunce più sopra menzionate ed ai criteri dalle stesse indicati, con riguardo alla ritenuta novazione dell'obbligazione discendente dall'art. 1490 c.c. a carico del venditore e alle conclusioni che ne sono state tratte, in punto di inammissibilità dell'azione di riduzione ex art. 1492, comma 1, c.c., nel caso di riconoscimento dei vizi della cosa venduta e di assunzione dell'obbligo di eliminarli; sembrando tutt'altro che ragionevole ritenere "novata" l'originaria obbligazione del venditore, che pertanto non sarebbe più quella di cui all'art. 1490 c.c., con conseguente impossibilità per l'acquirente di esperire le azioni di garanzia offertegli dalla legge, pur in totale carenza dell'*animus novandi* e della causa novandi, che ne costituiscono elementi imprescindibili.

3. Il contrasto giurisprudenziale, rilevato con l'ordinanza di remissione è, in sostanza, se comporti novazione dell'originaria obbligazione di garanzia l'impegno del venditore di eliminare i vizi della cosa consegnata, con conseguente preclusione dell'esperibilità delle azioni edilizie, in particolare di quella di riduzione del prezzo (*actio quanti minoris*).

3.1. Prima di procedere all'esame del contrasto nei termini in cui è stato enunciato, è opportuno effettuare una, sia pur sintetica, ricognizione dell'orientamento della Corte e della dottrina, partendo dalle norme codicistiche, in tema di obbligazione di garanzia per vizi della cosa venduta e in relazione all'istituto della novazione.

4. Secondo l'art. 1476 c.c., "le obbligazioni principali del venditore sono: 1) quella di consegnare la cosa al compratore; 2) quella di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è l'effetto immediato del contratto; 3) quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa".

L'art. 1477, 1° comma, c.c. stabilisce che "la cosa deve essere consegnata nello stato in cui si trovava al momento della vendita".

A sua volta l'art. 1490, 1° comma, c.c. definisce il contenuto della garanzia per vizi, sancendo che "il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore".

Ai sensi del 1° comma dell'art. 1492 c.c. (effetti della garanzia) "nei casi indicati dall'art. 1490 il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto (art. 1453 ss.) ovvero la riduzione del prezzo salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione".

5. Secondo giurisprudenza, l'obbligazione di garanzia discende dal fatto oggettivo del trasferimento di un bene affetto da vizi che lo rendano inidoneo all'uso cui è destinato o ne diminuiscano in misura apprezzabile il valore, mentre possibili profili di colpa del venditore rilevano, ex art. 1494 c.c., ai soli eventuali (e diversi) fini risarcitori (Cass. 8.3.2001, n. 3425; 12.5.2000, n. 6089; 22.8.1998, n. 8338).

In alcune sentenze è detto che l'azione di inadempimento del contratto di compravendita è regolata non già dalla disciplina generale dettata dagli art. 1453 e ss. c.c., ma dalle norme speciali di cui agli art. 1492 e ss. c.c., che prevedono specifiche limitazioni rispetto alla disciplina generale, ed in particolare l'onere di denuncia dei vizi nel termine di otto giorni dalla scoperta, che condiziona sia l'esercizio dell'azione di risoluzione e dell'azione di riduzione del prezzo previste dall'art. 1492 c.c., sia quella di risarcimento dei danni prevista dall'art.1494 c.c.(Cass. 5.5.2000, n. 6234;Cass. 4.9.1991, n. 9352)

6. In dottrina il fondamento dell'istituto è controverso, anche se gli autori sono concordi nel ritenere che, nonostante l'espressione letterale, l'art. 1476 n.3) c.c., non configura, accanto a quelle di cui ai n.ri 1) e 2), una autonoma obbligazione avente ad oggetto la prestazione di garanzia: le obbligazioni del venditore sono quelle di trasferire la proprietà della cosa e di consegnarla nello stato di fatto in cui si trovava al momento della conclusione del contratto. Qualora la cosa risulti difettosa, la garanzia di cui agli artt. 1490 e 1492 c.c., nel prevedere la soggezione del venditore ai rimedi della risoluzione del contratto o della riduzione del prezzo, dà luogo a un'ipotesi di responsabilità per inadempimento indipendentemente da colpa, in considerazione dello squilibrio fra le attribuzioni patrimoniali derivanti dall'obiettiva esistenza dei vizi al momento della conclusione del contratto.

6.1. Secondo alcuni autori, la specialità e la esclusività della garanzia per vizi opera nel senso che il compratore, nel caso in cui il venditore non sia in colpa, non possa esperire l'azione di adempimento per ottenere dal venditore la riparazione o la sostituzione della cosa difettosa: unici rimedi esperibili sono la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo.

La consegna di cosa affetta da vizi o priva delle qualità promesse è stata da altri ricondotta all'ipotesi della responsabilità contrattuale per inadempimento e da taluni all'inesatta esecuzione del rapporto.

6.2. È stato pure rilevato che la riparazione della cosa, esulando dal contenuto della prestazione contrattuale, potrebbe assumere rilievo soltanto sotto il profilo del risarcimento del danno in forma specifica (art. 2058 c.c.). D'altra parte, il compratore non potrebbe chiedere la sostituzione del bene difettoso, perché in tal caso verrebbe chiesto al venditore un secondo adempimento.

6.3. La maggior parte degli autori, in considerazione della natura delle obbligazioni poste a carico dell'alienante (aventi ad oggetto un dare) e del contenuto della garanzia per vizi, ritiene che il venditore non può essere tenuto a un'obbligazione di fare, che possa consistere nella riparazione o sostituzione del bene: il che troverebbe conferma anche nel rilievo che tali rimedi sono normativamente previsti in ipotesi circoscritte, per evitare che il danneggiante sia costretto a sopportare un sacrificio economico sproporzionato rispetto al valore del bene (ad esempio, la sostituzione della cosa è espressamente prevista dall'art. 1512, 2° comma, c.c., per il caso in cui il venditore abbia prestato la garanzia di buon funzionamento; in tema di appalto, l'art. 1668 c.c. prevede espressamente a favore del committente la possibilità di chiedere l'eliminazione della difformità e dei vizi a cura e spese dell'appaltatore).

7. Stabilisce l'art. 1230 c.c. che "L'obbligazione si estingue quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso.

La volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco".

In tema di modalità che non importano novazione, il successivo art. 1231 c.c. dice che "Il rilascio di un documento o la sua rinnovazione, l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione".

7.1. Elementi essenziali per la novazione oggettiva, che costituisce un modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento, sono: l'obbligazione originaria da novare (obligatio novanda), la volontà delle parti di estinguerla e di sostituirla con una nuova (animus novandi), la diversità della nuova obbligazione per l'oggetto o il titolo (aliquid novi).

7.2. Secondo la giurisprudenza, il mutamento dell'oggetto o del titolo deve riguardare la causa dell'obbligazione, per cui le modifiche accessorie non hanno alcuna rilevanza (Cass. 2.4.2004, n. 6520; 12.9.2000, n. 12039). L'animus novandi, inteso come manifestazione non equivoca

dell'intento novativo, deve essere comune ai contraenti (Cass. 9.4.2003, n. 5576; 19.11.1999, n. 12838) e non può essere presunto ma deve essere provato in concreto (Cass. 27.7.2000, n. 9867; 7.3.1983, n. 1676).

La necessità di una volontà diretta in modo non equivoco alla novazione oggettiva dell'obbligazione, stante il principio generale di conservazione degli effetti del negozio, sta a significare che l'intento estintivo-sostitutivo deve essere certo, senza peraltro che siano richieste espresse dichiarazioni di volontà, essendo sufficiente anche un comportamento concludente o una manifestazione tacita, ravvisabile nelle ipotesi di incompatibilità oggettiva (Cass. 1998, n. 5399; 1987, n. 9620; 1983, n. 1676). È da escludere che l'intento novativo possa farsi risalire a una volontà presunta.

8. Il panorama giurisprudenziale, in tema di riconoscimento dei vizi e assunzione dell'obbligo di eliminarli da parte del venditore, è il seguente.

8.1. Alcune sentenze espressamente affermano l'esistenza della novazione oggettiva dell'originaria obbligazione di garanzia in presenza dell'impegno assunto dal venditore di riparare o sostituire la cosa difettosa (Cass. 12.5.2000, n. 6089; 19.6.2000, n. 8294; 13.1.1995, n. 381; 5.9.1994, n. 7651).

In particolare si dice che qualora il venditore, tenuto per legge alla garanzia per vizi, riconosca la sussistenza di difetti della prestazione eseguita ed assuma, in luogo dell'obbligazione di garanzia, rientrando nel contenuto dell'originario contratto, l'obbligo di eliminare i vizi stessi, si configura a carico di tale parte un'obbligazione nuova ed autonoma (rispetto a quella di garanzia), non soggetta ai termini di decadenza e di prescrizione previsti dal contratto di vendita restando soggetta alla ordinaria prescrizione decennale (Cass.12.5.2000, n. 6089).

Si precisa, altresì, che mentre il semplice riconoscimento dei vizi rende superflua la denuncia del compratore, il riconoscimento che il venditore faccia, verificatasi la decadenza, e l'impegno che egli assuma di eliminarli, dà luogo ad una nuova obbligazione con estinzione per novazione dell'obbligazione originaria (Cass. 13.1.1995, n. 381; 5.9.1994, n. 761). Tale indirizzo, nell'evidenziare la differenza fra il mero riconoscimento dei vizi (che ha il limitato effetto di rendere superflua la denuncia da parte del compratore) e l'impegno assunto dal venditore di eliminarli o di sostituire la cosa (che può avvenire anche per facta concludentia), sottolinea il verificarsi della novazione oggettiva dell'originaria obbligazione di garanzia, in quanto sostituita da una nuova, che avendo ad oggetto un facere, non rientra nella previsione di cui all'art. 1490 c.c.: ne consegue l'inapplicabilità della disciplina dettata in tema di decadenza e di prescrizione dall'art. 1495 c.c.

8.2. Altre sentenze si limitano a sostenere che l'impegno del venditore di eliminare i vizi della cosa difettosa o di sostituirla determina la costituzione di un'obbligazione che, essendo nuova ed autonoma rispetto a quella originaria di garanzia, è sempre svincolata dai termini di decadenza e di prescrizione decennale, indipendentemente dalla volontà delle parti (Cass.29.8.1997, n. 8234; 14.11.1994, n. 9562). Non fanno riferimento all'effetto estintivo-sostitutivo dell'originaria obbligazione di garanzia e non parlano di novazione oggettiva, ma sottolineano soltanto che l'obbligazione del venditore di eliminare i difetti della cosa è svincolata, indipendentemente dalla volontà delle parti, dai termini di cui all'art. 1495 c.c. (Cass. 13.12.2001, n. 15758).

8.3. Similmente numerose decisioni (Cass. 17.4.2001, n. 5597; 11.5.2000, n. 6036; 24.4.1998, n. 4219; 20.2.1997, n. 1561; 12.6.1991, n. 6641) si soffermano unicamente ad analizzare, in relazione agli oneri imposti al compratore dall'art. 1495 c.c., i presupposti, le modalità, la natura e gli effetti del riconoscimento dei vizi da parte del venditore, rilevando che il riconoscimento può avvenire anche per facta concludentia e che esso impedisce la decadenza del compratore per l'omessa denuncia ovvero può integrare la rinuncia del venditore a far valere la decadenza già verificatasi (Cass. 1.4.2003, n. 4893; 16.7.2002, n. 10288).

8.4. Esclude espressamente la configurabilità della novazione soggettiva Cass. 29.12.1994, n. 11281 così argomentando: "poiché rientra tra le obbligazioni del venditore la prestazione di una cosa immune da vizi indicati nell'art. 1490 c.c., l'assunzione dell'impegno di eliminare i vizi, che eventualmente esistessero nella cosa oggetto della vendita, non è che uno dei modi con i quali si

assicura e si attua l'esatto adempimento dell'obbligazione; essa, di per sé, non dà luogo all'esistenza di un accordo diretto a modificare uno degli elementi essenziali dell'obbligazione stessa, posto che la scelta di uno dei rimedi offerto dalla garanzia, come non apporta un obiettivo mutamento del vincolo obbligatorio, così nemmeno implica necessariamente le volontà di sostituire alla precedente una nuova e diversa obbligazione."

9. Secondo l'ordinanza di remissione, l'orientamento della Corte che attribuisce natura novativa dell'originaria obbligazione di garanzia all'impegno assunto dal venditore di riparare o sostituire la cosa difettosa si porrebbe in contrasto con i principi formulati in tema di novazione oggettiva dell'obbligazione.

*L'effetto estintivo dell'obbligazione, proprio della novazione oggettiva, è detto nella citata ordinanza, presuppone che sia accertata la sussistenza dell'*animus novandi*, sicché la modifica dell'oggetto del contratto integra una novazione quando dà effettivamente luogo ad una nuova obbligazione incompatibile con il persistere di quella originaria e non anche quando le parti regolino modalità relative all'esecuzione dell'obbligazione preesistente senza alterarne l'oggetto o il titolo.*

*9.1. Ma al riguardo le sentenza (sub 8.1), secondo le quali l'impegno assunto dal venditore dà luogo a una nuova ed autonoma obbligazione che sostituendosi a quella di garanzia ne determina l'estinzione per novazione oggettiva, evidenziano che sono le parti a costituire una nuova ed autonoma obbligazione in luogo di quella originaria derivante dal contratto di compravendita. Pertanto, l'obbligazione di riparare o sostituire la cosa difettosa è ritenuta nuova ed autonoma, in quanto non rientra nel contenuto della garanzia (ovvero fra le obbligazioni contrattuali poste a carico del venditore) ed è caratterizzata dall'aver un oggetto diverso (*aliquid novi*) rispetto a quello di garanzia derivante dal contratto di compravendita, determinandone il mutamento e non semplicemente la "modifica" delle relativa modalità di esecuzione. Il sorgere di una nuova obbligazione, secondo tali sentenze, assumerebbe rilievo anche sotto il profilo dell'*animus novandi*, in quanto l'esistenza dell'accordo novativo andrebbe accertato verificando se, con l'accettazione da parte del compratore della nuova obbligazione assunta dal venditore, le parti abbiano inteso sostituire l'originaria obbligazione ed estinguerla per novazione (potendo la volontà delle parti di estinguere la precedente obbligazione risultare, come si è detto, anche per *facta concludentia*). Ma tale indagine, risolvendosi nella verifica in concreto della natura novativa o meno dell'accordo, costituisce accertamento di fatto, riservato al giudice di merito ed è incensurabile in cassazione se immune da vizi logici e giuridici (v. *ex plurimis*: Cass. 5.5.1998, n.4520; 20.2.1997, n. 1661).*

9.2. Le sentenza (sub 8.2), che focalizzano l'indagine esclusivamente sulla non operatività dei termini di decadenza e di prescrizione di cui all'art. 1495 c.c. per effetto dell'impegno assunto dal venditore di eliminare i vizi, danno rilievo assorbente alla manifestazione unilaterale di quest'ultimo, non facendo alcun riferimento all'effetto estintivo-sostitutivo della precedente obbligazione, che in assenza di un accordo delle parti non potrebbe evidentemente prodursi. In realtà tali sentenze appaiono ispirate dall'esigenza di tutelare il compratore dai rigorosi termini di decadenza e prescrizione imposti dall'art. 1495 c.c., e, pertanto, l'impegno assunto dal venditore è stato considerato come svincolato da detti termini. Al riguardo è stato pure affermato (Cass. 26.6.1995, n. 7216), analizzando la natura e la portata della dichiarazione del venditore, che bisogna scindere gli effetti che sono ad essa direttamente collegati da quelli che postulano, con l'accettazione del compratore, il perfezionamento della novazione: nella prima ipotesi l'impegno del venditore, dando luogo al riconoscimento del debito, ha soltanto efficacia interruttiva della prescrizione ex art. 2944 c.c..

*9.3 Infine, le sentenze (sub 8.3.), che si sono limitate a considerare gli effetti e le modalità del solo riconoscimento dei vizi, non hanno dovuto esaminare la natura e gli effetti dell'obbligazione di riparare o sostituire la cosa difettosa, che non era oggetto del *thema decidendum*.*

10. Pertanto, un vero e proprio contrasto giurisprudenziale non appare sussistere. Tuttavia, nei termini in cui è stato denunciato, deve essere risolto in base alle seguenti considerazioni.

11. La garanzia per vizi, che si giustifica in relazione ad una serie di particolari istituti di tutela -

di prevalente origine commerciale - che caratterizzano lo scambio di beni, attiene alla prestazione traslativa e, sebbene trovi specifica regolamentazione nella vendita (negozio nella pratica dominante), non v'è dubbio che è suscettibile di più ampia applicazione ai contratti di alienazione.

11.1. In realtà, sulla natura della garanzia - connessa ai tradizionali istituti di tutela del compratore e sulla posizione che essi assumono rispetto alle comuni regole di tutela creditoria - mancano soluzioni chiare: suggestioni storiche e concettuali concorrono a rendere l'istituto non facilmente inquadrabile, anche se è generalmente inserito nel sistema della responsabilità contrattuale, e quindi dell'inadempimento indipendentemente da colpa.

11.2. Così, sinteticamente, la garanzia, di volta in volta, è stata ricondotta all'invalidità del negozio (per anomalia funzionale della causa), all'assunzione del rischio (come precetto primario di tipo assicurativo), ad una speciale forma di responsabilità (collegata all'obbligo del venditore di consegnare la cosa qualitativamente esatta), fino ad essere intesa come violazione dell'impegno del venditore in ordine all'esatto risultato traslativo, in quanto la regola del consenso traslativo, derivante da una pratica negoziale in cui era divenuta superflua la consegna come formalità condizionante il trasferimento della proprietà, non annulla l'impegno negoziale dell'alienante circa la conformità del bene al contenuto esplicito o implicito della sua offerta (un bene sano e senza difetti occulti).

12. Il consenso traslativo richiede un accenno, sia pure fugace, alla distinzione, riguardo al modo e al momento di perfezione del vincolo, tra contratti consensuali e contratti reali; nonché, riguardo all'efficacia che sono destinati ad avere immediatamente, tra contratti con efficacia reale (o traslativi) e contratti obbligatori.

12.1. Nel diritto moderno i contratti si perfezionano di regola con il semplice consenso delle parti (cd. principio consensualistico). Secondo l'art. 1376 c.c. "Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato." In tema di compravendita, il contratto è perfetto nel momento in cui si raggiunge l'accordo. Il consenso, formatosi secondo legge, produce gli effetti voluti: indipendentemente, e quindi anche prima, del trasferimento del possesso e del pagamento del dovuto.

Logicamente tali affermazioni sono relative al rapporto "inter partes" tra i contraenti, mentre relativamente all'efficacia "erga omnes" il consenso potrebbe essere non più sufficiente, con conseguente applicazione della regola della consegna (art. 1155 c.c.) nell'ipotesi di pluralità di vendite dello stesso immobile, o della trascrizione (art. 2644 c.c.) nell'ipotesi di vendita dello stesso immobile a più acquirenti.

12.2. Ci sono alcuni contratti speciali, per i quali il consenso, pur sempre necessario, non basta, nel senso che il contratto è perfetto soltanto con la consegna della cosa, con la tradizione alla controparte dell'oggetto del contratto (ad esempio: comodato (art. 1803 c.c.), mutuo (art. 1813 c.c.), deposito (1766 c.c.), pegno (2784 c.c.), riporto (1548 c.c.), trasporto (art. 1678 c.c.), etc.). Prima della consegna non c'è contratto, ma c'è uno degli elementi della fattispecie complessa (consenso + traditio) di cui è formato il contratto reale. Pertanto la consegna non è effetto obbligatorio del contratto, ma un elemento costitutivo dello stesso.

La categoria dei contratti reali, che ha prevalentemente un significato storico, conserva anche una funzione e un valore di carattere pratico, ben visibili, per esempio, nel pegno, dove la consegna della cosa mobile dà al creditore una certezza di garanzia, e nel deposito, dove la consegna della cosa costituisce il presupposto necessario per l'esercizio dell'attività di custodia.

12.3. La distinzione tra contratti obbligatori (ad es. locazione, mandato, comodato, etc.) e contratti con efficacia reale (o traslativa, ad es. compravendita, permuta, donazione, etc.) rileva nel senso che i primi producono soltanto effetti obbligatori (in quanto, senza realizzare automaticamente per il semplice consenso l'effetto voluto, fanno assumere alle parti l'obbligazione di un certo atto da compiere e di un comportamento da osservare), mentre i secondi producono anche effetti reali perché, accanto e oltre l'effetto principale di trasferire o costituire diritti, fanno sorgere, tra le

parti, obbligazioni da adempiere.

12.4. Nei contratti con efficacia reale, se sono consensuali (come la compravendita), il trasferimento o la costituzione del diritto reale si attuano per effetto immediato del consenso (principio consensualistico: art. 1376 c.c.). Nel mutuo, invece, che è un contratto reale, la proprietà sulla cosa fungibile si trasferisce nel momento in cui il contratto è perfetto, cioè nel momento in cui avviene la tradizione (consegna) della cosa prestata.

Il criterio distintivo del contratto reale si riferisce alla formazione del contratto, cioè al suo perfezionarsi, quello del contratto con efficacia reale si riferisce, invece, agli effetti.

12.5. L'individuazione del momento in cui si attua l'efficacia reale ha molta importanza, specie dal punto di vista pratico. Così, ad esempio, nel contratto di compravendita, nel preciso istante in cui passa la proprietà passa anche il rischio del perimento della cosa per caso fortuito, in virtù del principio "resperit domino", affermato nell'art. 1465 c.c.; per cui, se prima del pagamento del prezzo, un incendio distrugge la cosa venduta, il venditore ha diritto di ricevere il prezzo, anche se più non farà la consegna del bene al compratore.

In generale, invece, secondo il disposto dell'art. 1463 c.c., la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito.

13. Sempre in tema di tutela del compratore bisogna ricordare che la giurisprudenza (per lo più confortata dal sostegno della dottrina dominante) tende sempre più a ridurre il numero delle fattispecie riconducibili ai vizi redibitori (e alla mancanza di qualità essenziali), estendendo invece la categoria dell'*aliud pro alio*, in presenza della quale è noto che il compratore risulta svincolato dall'onere di denuncia e dalla prescrizione breve.

13.1. La legislazione in tema di tutela del consumatore e responsabilità del produttore (L. 21.12.1999, n. 526 e d.p.r. 24.5.1988, n. 244) incoraggia le posizioni interpretative favorevoli all'acquirente nel caso di consegna di cosa difettosa.

14. Come si è visto, la giurisprudenza allorché adotta lo schema della novazione oggettiva per inquadrare l'ipotesi del venditore che si impegna ad eliminare i vizi che rendano la cosa inidonea all'uso cui è destinata (ovvero ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore economico), richiede un accordo delle parti inteso a conseguire l'effetto estintivo-novativo dell'originaria obbligazione di garanzia. Qui la novazione non è un effetto automatico dell'impegno, quanto piuttosto una conseguenza dell'accordo (espressione dell'autonomia negoziale) delle parti (significativo dell'*animus novandi*).

14.1. Negli altri casi l'espressione "novazione" è usata in senso atecnico, dato che la giurisprudenza, posta di fronte al quesito relativo alle conseguenze della mancata realizzazione del risultato cui il venditore si era impegnato - cioè l'eliminazione dei vizi - non esita ad affermare che "ove gli interventi riparatori del venditore...restino senza esito, ovvero...abbiano un effetto inidoneo ad eliminare il sopravvenuto squilibrio fra le prestazioni delle parti, l'acquirente conserva il diritto di chiedere la risoluzione del negozio traslativo" (Cass. 27.11.1985, n. 5889). L'uso atecnico del termine novazione è evidente, atteso che è sufficiente l'inattuazione del nuovo obbligo per far rivivere ciò che c'era prima, cioè la garanzia.

15. La dottrina che nega che l'impegno del venditore costituisca vera e propria obbligazione autonoma - ritenendo l'impegno di eliminare i vizi un momento della fase attuativa della vendita, nel senso che esso è semplicemente preordinato alla realizzazione dell'operazione economica originariamente divisata dalle parti - esclude in radice l'esistenza di un fenomeno novativo, atteso che nella novazione il nuovo obbligo è del tutto autonomo dal vecchio.

15.1. Parimenti resta fuori discussione che si possa parlare di fenomeno novativo in relazione a quelle teorie che fondano la natura delle garanzie edilizie su basi diverse dall'inadempimento di un'obbligazione: ciò per l'evidente assenza di un elemento essenziale della fattispecie novativa, cioè l'obbligazione da novare.

15.2. Ma ad analogo risultato si perviene ove si collochino le garanzie edilizie nell'ambito dell'inadempimento dell'obbligazione di far acquistare utilmente la proprietà della cosa (ovvero

nell'ambito della c.d. violazione dell'obbligo traslativo). Non può, infatti, sfuggire come in tal caso l'impegno del venditore a riparare la cosa viziata non abbia affatto valore novativo della precedente obbligazione, ma attuativo della stessa, nel senso che esso è esclusivamente preordinato ad attuare il risultato economico che il compratore si prefigurava di ottenere dal contratto di compravendita.

15.3. In realtà l'impegno del venditore non rappresenta un quid novi con effetto estintivo-modificativo della garanzia, ma semplicemente un quid pluris che serve ad ampliarne le modalità di attuazione, nel senso di consentire al compratore di essere svincolato dalle condizioni e dai termini di cui all'art. 1495 c.c., particolarmente brevi, come la prescrizione annuale, rispetto a quella decennale.

15.4. Si tratta di assegnare un significato, ai fini dell'esercizio delle azioni edilizie e del relativo termine prescrizione, alla circostanza che fra le parti è in corso, per l'impegno assunto dal venditore, un tentativo di far ottenere al compratore il risultato che egli aveva il diritto di conseguire fin dalla conclusione del contratto di compravendita. E altro significato non può essere che quello di svincolare il compratore dai termini e condizioni per l'esercizio delle azioni edilizie, atteso che queste non vengono da lui esercitate in pendenza degli interventi del venditore finalizzati all'eliminazione dei vizi redibitori, al fine di evitare di frapporre ostacoli, secondo la regola della correttezza (art. 1175 c.c.), alla realizzazione della prestazione cui il venditore è tenuto.

16. Avuto riguardo alle considerazioni svolte e ai principi espressi, risolvendo il prospettato contrasto giurisprudenziale, queste Sezioni Unite ritengono che l'impegno del venditore di eliminare i vizi che rendano la cosa inidonea all'uso cui è destinata (ovvero ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore economico) di per sé non dà vita ad una nuova obbligazione estintiva-sostitutiva (novazione oggettiva: art. 1230 c.c.) dell'originaria obbligazione di garanzia (art. 1490 c.c.), ma consente al compratore di essere svincolato dai termini di decadenza e dalle condizioni di cui all'art. 1495 c.c., ai fini dell'esercizio delle azioni edilizie (risoluzione del contratto o riduzione del prezzo) previste in suo favore (art. 1492 c.c.), sostanziosamente tale impegno in un riconoscimento del debito, interruttivo della prescrizione (art. 2944 c.c.).

Solo in presenza di un accordo delle parti (espresso o per facta concludentia), il cui accertamento è riservato al giudice di merito, inteso ad estinguere l'originaria obbligazione di garanzia e a sostituirla con una nuova per oggetto o titolo, l'impegno del venditore di eliminare i vizi dà luogo ad una novazione oggettiva.

17. Il principio comporta il rigetto dei primi due motivi di ricorso, atteso che la corte d'appello, con motivazione congrua ed idonea, ha escluso che le parti avessero introdotto nel regime negoziale mutamenti dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione con la volontà di porre in essere la sostituzione di un nuovo rapporto a quello originario in base all'impegno assunto dal venditore di eliminare i vizi dei beni consegnati; onde, vigendo la garanzia, legittimamente ha ritenuto che il compratore poteva esperire l'actio quanti minoris (art. 1492 c.c.), svincolato dai termini e condizioni di cui all'art. 1495 c.c..

18. Il terzo motivo non ha pregio e la ricorrente non ha interesse a dedurre la censura, giacché, indipendentemente dal fatto che si fosse formato o meno il giudicato in ordine alla ammissibilità della domanda di riduzione del prezzo, la corte di merito ha comunque esaminato la questione ed ha ritenuto, per le ragioni sopra esposte, che era ammissibile l'actio quanti minoris.

Segue: Cass., sez. un., 13 novembre 2012, n. 19702

Diritto *Con il primo motivo di ricorso la s.r.l. Gamma lamenta che la Corte d'appello ha erroneamente e ingiustificatamente disconosciute che il macchinario consegnatole era totalmente diverso da quello previsto nel contratto di vendita, poichè operava in maniera manuale anzichè automatica e comportava quindi uno snaturamento del processo produttivo nella catena di montaggio nel quale era inserito.*

La doglianza va disattesa.

Il giudice a quo non ha affatto negato, in diritto, l'esattezza dei principi giurisprudenziali

richiamati dalla ricorrente, tratti dalle norme di cui viene denunciata la violazione, ma ha escluso, in fatto, la loro pertinenza alla vicenda oggetto della causa. Si verte dunque nel campo di apprezzamenti eminentemente di merito, insindacabili in questa sede se non sotto il profilo dell'omissione, insufficienza o contraddittorietà della motivazione. Da questi vizi, la sentenza impugnata, risulta immune, poichè il giudice a quo ha dato adeguatamente conto, in maniera esauriente e logicamente coerente, delle ragioni della decisione sul punto, osservando sia che già stragiudizialmente la compratrice aveva segnalato difetti incidenti semmai sulla qualità del macchinario, sia che queste comunque era funzionante e la relativa modalità incideva in ipotesi soltanto sulla resa quantitativa, sicchè non si era rivelato del tutto inidoneo ad assolvere la funzione economico-sociale della res promessa e quindi a fornire l'utilità richiesta. I contrari assunti della s.r.l. Gamma - oltre ad essere incoerenti con la natura dell'azione quanti minoris da essa esercitata in via riconvenzionale, che presuppone la presenza di semplici vizi redibitori - si risolvono nel demandare a questa Corte una valutazione delle risultanze istruttorie diversa da quella motivatamente compiuta dal giudice del merito: il che non può costituire idonea ragione di cassazione della sentenza impugnata, stanti i limiti propri del giudizio di legittimità.

Con il secondo motivo di ricorso la s.r.l. Gamma deduce di non essersi limitata - contrariamente a quanto ha ritenuto la Corte d'appello - a opporre solo fatti impeditivi del preteso diritto dell'attrice, ma di aver anche contestato la sussistenza di quelli costitutivi, i quali a suo dire erano venuti meno in seguito all'impegno di eliminare i vizi del bene, che la s.p.a. Sergiani aveva assunto.

La censura è in conferente, poichè il giudice di secondo grado non ha mancato di prendere in considerazione la tesi di cui si tratta, che era stata posta a base della domanda riconvenzionale della convenuta, della quale sia confermata la decisione di rigetto già adottata dal Tribunale, ritenendo prescritto il diritto alla garanzia fatto valere dalla s.r.l. Gamma.

Con il terzo motivo di impugnazione la ricorrente si duole dell'affermazione della Corte d'appello, secondo cui era incontrovertito tra le parti, che non vi fosse stata una novazione dell'obbligazione di garanzia e la sua sostituzione con quella di riparazione del bene, soggetta a prescrizione decennale anzichè annuale.

Neppure questa censura può essere accolta.

Anch'essa, come quella formulata con il primo motivo di ricorso, difetta di pertinenza rispetto al petitum delle domande riconvenzionali, ribadite in appello, con le quali era stata chiesta non soltanto la condanna della s.p.a. Sergiani all'eliminazione dei vizi, ma anche la riduzione del prezzo della vendita, in adempimento quindi dell'obbligazione di garanzia, che invece sarebbe rimasta estinta, ove vi fosse stata novazione. D'altra parte, La stessa s.r.l. Gamma ha escluso di aver aderito all'offerta di riparazione, in quanto era stata condizionata all'invio del macchinario allo stabilimento della società venditrice. Né l'avvenuta sostituzione dell'originaria obbligazione con l'altra può desumersi dalla frase dell'atto introduttivo del giudizio riportata nel ricorso, nella quale si menziona soltanto una proposta transattiva rimasta senza esito, perchè non accettata.

Con il quarto motivo di ricorso si sostiene che il riconoscimento dei vizi e l'impegno a eliminarli, da parte della s.p.a. Sergiani, seppure non avesse comportato una novazione, avrebbe avuto comunque l'effetto di assoggettare alla prescrizione ordinaria decennale, anzichè a quella annuale, il diritto di garanzia fatto valere dalla s.r.l. Gamma mediante l'azione quanti minoris.

Per la soluzione di tale questione di massima, reputata di particolare importanza, la seconda sezione di questa Corte con ordinanza del 26 marzo 2012, ha prospettato l'opportunità dell'assegnazione del ricorso alle sezioni unite, che in effetti è stata poi discosta dal Primo Presidente.

La giurisprudenza di legittimità è univocamente orientata nel senso che l'impegno del venditore a riparare il bene implica il riconoscimento del vizio da cui esso è affetto e impedisce quindi la decadenza comminata al compratore dall'art. 1495 c.c. per il caso di mancata tempestiva denuncia; l'obbligazione assunta è autonoma e distinta della garanzia che legittima l'esercizio delle azioni di riduzione del prezzo o di risoluzione del contratto, soggette alla prescrizione di un anno dalla consegna, stabilita dalle stesso art. 1495 c.c.; il consenso del compratore (che può essere

dato eventualmente per facta concludentia, ma è comunque necessario, trattandosi di operare su un bene ormai di sua proprietà) fa sorgere quindi un nuovo e differente diritto, la cui prescrizione, appunto in ragione di tale diversità, non è disciplinata dalla norma sopra citata e si compie pertanto nel termine ordinario di dieci anni (v., per tutte, Cass. 2, sez. 12 maggio 2000 n. 6089).

E' stato altresì precisare, da Cass. sez. un. 21 giugno 2005 n. 132 94, che l'impegno a eliminare i vizi non determina ai per sè la sostituzione della nuova obbligazione alla precedente e l'estinzione di questa, poichè un tale effetto novativo, per il disposto dell'art. 1230 c.c., conseguire soltanto a una espressa volontà manifestata in tal senso dalle parti, sicchè di regola le due obbligazioni coesistono. Con riferimento a questa ipotesi, con la stessa sentenza, si è altresì affermato - ma il tema era estraneo alla materia del contenderò devoluta in quella sede "che il termine di prescrizione decennale si applica anche alle azioni di riduzione del prezzo e di risoluzione del contratto, poichè "si tratta di assegnare un significato, ai fini dell'esercizio delle azioni edilizie e del relativo termine prescrizione, alla circostanza che fra le parti è in corso, un tentativo di far ottenere dal compratore il risultato che egli aveva il diritto di conseguire fin dalla conclusione del contratto di compravendita. E altro significato non può essere che quello di svincolare il compratore dai termini e condizioni per l'esercizio delle azioni edilizie, atteso che queste non vengono da lui esercitate in pendenza degli interventi del venditore finalizzati all'eliminazione dei vizi redibitori, al fine di evitare di frapporre ostacoli, secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.), alla realizzazione della prestazione cui il venditore è tenuto".

Alla stessa conclusione è poi pervenuta anche Cass. sez. 3, 14 gennaio 2011 n. 747 - ugualmente in via di obiter dictum - ma per ragioni diverse: sulla scorta di una concezione procedimentale della garanzia dei vizi, caratterizzata "da un suo momento genetico (la stipula della convenzione negoziale di compravendita), da un suo (eventuale) momento attuativo/correttivo (l'offerta/richesta sostitutivo/riparatoria), da un suo momento "processuale attuativo/risarcitorio/caducatorio (richiesta di esatto adempimento/riduzione del prezzo/risoluzione speciale)", si è ritenuto "evidente come il riconoscimento operoso del venditore sia idoneo ad esaurire definitivamente, sul piano funzionale, una fase del rapporto inter partes, ivi comprese le limitazioni temporali, affatto eccezionali, connesse con le esigenze di stabilità negoziale..., onde la sostituzione, a quegli originari termini iugulatori, dell'ordinanza regula iuris della prescrizione ordinaria, una volta emersa, in via definitiva e con l'accordo delle parti, la nuova e reale giustapposizione di diritti e obblighi (alla riparazione/sostituzione) del compratore e del venditore", con conseguente esclusione della "perdurante operatività dei limiti (decadenziali e) prescrizione stabiliti, in via eccezionalmente derogativa, dall'art. 1495 c.c. per tutte le azioni "di garanzia", e dunque tanto per le azioni edilizie che per quella di esatto adempimento".

Da questi precedenti "invocati l'uno nel ricorso, l'altro nella memoria dalla s.r.l. Gamma, a sostegno della sua tesi" ritiene il collegio di doversi discostare. Il contenuto dell'obbligazione "di garantire il compratore ... da vizi di cosa", che nell'art. 1476 n. 3 c.c. è inserita tra quelle "principali del venditore", è precisato dagli artt. 1492, 1493 e 1494, i quali attribuiscono al compratore (salve le esclusioni stabilite dagli artt. 1490 e 1491) sia la facoltà di "domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo, salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione", sia le restituzioni e i rimborsi conseguenti alla risoluzione, sia il "risarcimento del danno", se il venditore "non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa", e comunque per i "danni derivati dai vizi" stessi.

In queste disposizioni si esaurisce la regolamentazione dell'istituto, che pone quindi il venditore in una situazione non tanto di "obbligazione", quanto piuttosto di "soggezione", esponendolo all'iniziativa del compratore, intesa alla modificazione del contratto di vendita, o alla sua caducazione, mediante l'esperimento rispettivamente dell'actio quanti minoris o dell'actio redibitoria. **Il venditore deve subire tali effetti, che si verificano nella sua sfera giuridica ope iudicis, senza essere tenuto ad eseguire alcuna prestazione, a parte il dare il solvere derivanti dai doveri di restituzione e di risarcimento.** La diversa obbligazione di facere, che egli assume impegnandosi a eliminare i vizi della cosa, se non dà luogo all'estinzione per novazione della

garanzia apprestata dagli artt. 1490 ss. c.c., sicchè non vi è spazio per ritenere che possa influire sulla sua disciplina, in particolare trasformando da annuale in decennale il termine di prescrizione previsto dall'art. 1495 c.c., che è insuscettibile di modificazioni per volontà delle parti, stante il divieto sancito dall'art. 2936 c.c.. **Dunque l'ulteriore diritto, che il compratore acquisisce, è soggetto alla prescrizione ordinaria decennale, in quanto è estraneo alla previsione degli artt. 1490 s. c.c., ma proprio per questa stessa ragione resta applicabile alle azioni edilizie, che al compratore stesso già competevano, la prescrizione annuale che per esse specificamente è stabilita.**

Non appaiono idonei a inficiare questa conclusione gli argomenti esposti nelle citate Cass. 13294/2005 e 747/2011, il pericolo che le azioni di riduzione del prezzo e di risoluzione si prescrivano nel periodo in cui il compratore si astiene dall'esercitarle, essendo in corso gli interventi del venditore per l'eliminazione dei vizi, è agevolmente evitabile ponendo in essere **atti interruttivi. Non ha riscontro nella disciplina della garanzia per vizi, la quale non prevede l'obbligo di eliminarli,** l'assunto secondo cui il momento attuativo/correttivo, originato dall'accordo per la riparazione del bene, possa avere effetto su quello risarcitorio/caduca torio, rappresentato dalle azioni edilizie, tanto da far assimilare il termine di prescrizione previsto per il secondo a quello operante per il primo.

Un analogo effetto espansivo di una "obbligazione" verso l'altra, era stato ritenuto operante, ma in senso inverso, da Cass. sez. 2, 29 dicembre 1994 n. 11281, secondo cui **"il riconoscimento dei vizi della cosa venduta ed il contestuale impegno del venditore ad eliminarli in sede di esecuzione del contratto non è che uno dei modi con cui il venditore, che ha l'obbligo di consegnare una cosa immune da vizi di cui all'art. 1490 c.c., assicura ed attua, l'esatto adempimento della sua prestazione,** e, di per sè, non dà luogo, pertanto, ad un accordo novativo se non sia in concreto provata la volontà delle parti di sostituire al rapporto originario un nuovo rapporto con diverso oggetto o titolo, così come richiesto per la novazione dell'art. 1230 c.c. e dell'art. 1231 c.c., che estesamente chiarisce come non si abbia novazione nel caso di mera modifica degli elementi accessori della obbligazione; conseguentemente, in mancanza della predetta prova, il riconoscimento dei vizi della cosa venduta e l'impegno a ripararla determina solo l'interruzione del termine di prescrizione annuale di cui all'art. 1495 c.c., e non la sostituzione di questo termine con il nuovo e diverso termine di prescrizione ordinaria".

Neppure questa tesi "adombrata anche nell'ordinanza di rimessione degli atti al Primo Presidente" appare condivisibile.

Il suo presupposto è che il compratore disponga di una azione "di esatto adempimento" per ottenere dal venditore l'eliminazione dei vizi della cosa: azione compresa tra quelle edilizie e quindi soggetta anch'essa al termine di prescrizione annuale stabilito dall'art. 1495 c.c..

Invece un tale rimedio, come già si è detto, non è apprestato dalla disciplina della garanzia per vizi, che attribuisce al compratore la scelta soltanto tra la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto. Il diritto di ottenere, in alternativa, la riparazione del bene, infatti, è riconosciuto soltanto in particolari ipotesi: limitatamente ai beni mobili, quando "il venditore ha garantito per un tempo determinato il buon funzionamento della cosa venduta", oppure "gli usi ... stabiliscono che la garanzia di buon funzionamento è dovuta anche in mancanza di patto espresso" (art. 1512 c.c., che fissa in sei mesi dalla scoperta il termine di prescrizione); sempre limitatamente ai mobili, "per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene", se il venditore è un "professionista" e il compratore un "consumatore" (artt. 128 ss. del codice del consumo, adottato con il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, che fissano in ventisei mesi dalla consegna il termine di prescrizione).

Che il compratore possa chiedere, indipendentemente da un impegno in tal senso del venditore, la condanna di costui all'eliminazione dei vizi, è stato talora ipotizzato in dottrina anche sotto il profilo del risarcimento del danno in forma specifica: si tratterebbe quindi di un'azione insita nel diritto di garanzia e in quanto tale soggetta anch'essa alla prescrizione annuale. L'assunto appare incompatibile con il disposto dell'art. 1494 c.c., che configura come risarcimento "per equivalente"

quello che compete al compratore, poichè lo collega alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto, che presuppongono la mancata riparazione del bene.

Si deve quindi concludere nel senso che l'impegno del venditore all'eliminazione dei vizi, accettato dal compratore, fa sorgere il corrispondente diritto, che è soggetto alla prescrizione decennale, mentre i diritti alla riduzione del prezzo e alla risoluzione del contratto restano soggetti alla prescrizione annuale.

Non ne consegue tuttavia, che il ricorso vada rigettato in toto.

Essendo stata comunque investita della questione relativa all'avvenuta estinzione "o non" per prescrizione delle azioni di riduzione del prezzo e di risarcimento del danno esercitate in via riconvenzionale dalla s.r.l. Gamma, questa Corte può e deve risolverla secondo diritto, indipendentemente dalle argomentazioni svolte in proposito dalle parti. Va allora rilevato che la causa è stata promossa dalla s.p.a. Sergiani con domanda di condanna della convenuta al pagamento del prezzo residuo del macchinario venduto.

Si verte dunque nell'ipotesi prevista dall'art. 1495 c.c., nella parte in cui dispone che il compratore convenuto per l'esecuzione del contratto, anche dopo il decorso del termine annuale di prescrizione "può sempre far valere la garanzia".

Nè la norma può intendersi limitata al caso delle eccezioni;

riguarda invece proprio le azioni (riconvenzionali) poichè la garanzia che il compratore può "far valere" implica una pronuncia costitutiva del giudice di riduzione del prezzo o di risoluzione, comportante la modificazione o la caducazione del contratto di vendita.

In questi limiti il ricorso viene pertanto accolto.

Segue. Dottrina. Francesco Rende, *La garanzia per i vizi nella vendita di diritto comune. Parte Prima: presupposti e limiti*, in *Contratti*, 2016, 6, 592

La garanzia per vizi tra tradizione e innovazione

La presenza di vizi nella cosa acquistata è circostanza che non può essere ignorata dall'ordinamento giuridico (D. Rubino, *La compravendita*, Ristampa della seconda edizione riveduta e ampliata, Milano, 1981, 756); coessenziale al funzionamento della compravendita, fondamentale strumento di circolazione della ricchezza, è la consegna di un bene idoneo a soddisfare le esigenze programmate dall'acquirente (il sistema delle garanzie è, invero, complessivamente preordinato a consentire alla vendita di realizzare la sua tipica funzione economica, così G.B. Ferri, *La vendita in generale - Le obbligazioni del venditore - Le obbligazioni del compratore*, in *Tratt. di Dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 11, Torino, 1984, 233; sulla ricostruzione del negozio quale atto programmatico di interessi v., V. Scalisi, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, ora in *Id.*, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 549 ss.).

La consegna di una res difettosa incide ad un tempo sull'interesse dell'acquirente a percepire l'utilità sperata e su quello generale al corretto funzionamento degli scambi. In virtù di una siffatta convergenza, l'istanza di tutela del compratore appare positivamente qualificata sul piano della rilevanza e della meritevolezza e trova accoglimento nell'ordinamento giuridico che vi riconnette effetti utili ad eliminare il vulnus determinatosi (il fatto rilevante, scrive A. Falzea, *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 946, "è quel fatto che introduce nel diritto una nuova esigenza, rispetto alla quale deve prendere posizione la comunità giuridica valutandola alla luce del sistema di valori che le è proprio e definendo il comportamento dei soggetti in funzione della valutazione adottata" ed è l'interesse della comunità giuridica, quale interesse fondamentale, ad assurgere a misura o criterio di valutazione di tutti gli altri interessi - così, A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 470-471).

La convergenza dell'interesse particolare con quello generale non condiziona soltanto l'an della tutela, ma anche il quomodo: talune tecniche maggiormente soddisfattive delle istanze individuali vengono, invero, scartate dall'ordinamento se reputate incompatibili con le esigenze della collettività.

Si spiega in siffatta prospettiva la scelta normativa di regolare la garanzia per vizi secondo uno

schema "parzialmente diverso da quello che si sarebbe avuto in base ai principi generali" (D. Rubino, La compravendita, cit., 759). La centralità della compravendita nel sistema degli scambi ha indotto il legislatore del 1942 a staccarsi dalla regolamentazione dell'inadempimento colposo (applicabile, secondo D. Rubino, La compravendita, cit., 759 nel silenzio della legge) e a collocare la garanzia "in un contesto normativo non più incentrato sulla tutela egoistica della proprietà bensì teso a facilitare, nell'interesse della produzione, la speditezza della circolazione dei beni" (così, C.G. Terranova, Redibitoria, (azione), in Enc. giur., XXVI, Roma, 1991, 2).

Si è, così, predisposta una regolamentazione che, per assicurare lo sviluppo dei traffici commerciali, spesso garantisce al venditore la stabilità delle operazioni negoziali con sacrificio delle esigenze dell'acquirente (C.G. Terranova, Redibitoria, cit., 2).

Un rapidissimo confronto tra la disciplina speciale della vendita e quella generale del contratto, ancorché condotto prescindendo dalla questione concernente la natura giuridica della garanzia (su tale problema v., G. D'Amico, La compravendita, I, Napoli, 2013, 371 ss.) può essere utile per individuare i profili di maggiore criticità nella tutela degli interessi dell'acquirente di un bene viziato.

Tra gli obblighi incombenti sul venditore ai sensi dell'art. 1476 c.c. vi è quello di garantire il compratore dai vizi della cosa. L'art. 1490 c.c. si occupa, specificamente, di precisare il contenuto di tale obbligazione, individuando la soglia di tolleranza oltre la quale il difetto integra l'inadempimento e legittima, pur quando non sia imputabile a colpa del venditore, l'attivazione dei corrispondenti rimedi.

Il legislatore del '42 ha, invero, assegnato rilievo solo ai vizi che compromettono significativamente il sinallagma contrattuale, determinando l'inidoneità della cosa a soddisfare l'interesse dell'acquirente oppure stravolgendo l'equilibrio economico voluto dalle parti.

La risoluzione del contratto, la riduzione del prezzo e, financo, il risarcimento del danno ex art. 1494 c.c. sono, pertanto, azionabili soltanto in presenza dei vizi indicati dall'art. 1490 c.c. Imperfezioni di minore entità devono essere, invece, tollerate dall'acquirente.

La stessa valutazione dell'esattezza della prestazione eseguita dal venditore, fondandosi su criteri meramente oggettivi è del tutto indifferente al concreto interesse dell'acquirente.

Significativo è, poi, che in presenza di un vizio rilevante ai sensi dell'art. 1490 c.c., l'operatività della garanzia è condizionata dal comportamento dell'acquirente, gravato dall'onere di esaminare la cosa al momento dell'acquisto (art. 1491 c.c.) oppure in quello della consegna (art. 1511 c.c.) e di "attivare" la garanzia rispettando le rigide scadenze di cui all'art. 1495 c.c.

La garanzia può pure costituire oggetto di espressa rinuncia (art. 1490, comma 2, c.c.).

Pur così brevemente tratteggiata, la regolamentazione della garanzia per vizi si appalesa distante dalla disciplina generale dettata in tema di inadempimento.

L'art. 1453 c.c., secondo l'orientamento prevalente (cfr., da ultimo, Cass., 14 marzo 2013, n. 6551, in Guida al diritto, 2013, 23, 52), **subordina la risoluzione al verificarsi di un inadempimento colposo; la garanzia, invece, opera in virtù della mera esistenza oggettiva del vizio** (per il rilievo che l'eventuale assenza di colpa del venditore attenua o circoscrive l'ambito della sua responsabilità v., G.B. Ferri - A. Nervi, Il contratto di compravendita, in Diritto Civile, diretto da N. Lipari - P. Rescigno, III, Obbligazioni, III, I contratti, Milano, 2009, 24).

La differenza non è, tuttavia, legata ad un'espressa scelta legislativa, ma ad un'opzione ermeneutica (sulla quale si tornerà in seguito).

Corrisponde, invece, ad un preciso disegno normativo la conformazione della garanzia con limiti estranei alla disciplina generale del contratto (le limitazioni specifiche della garanzia per vizi rispetto alla disciplina generale del contratto sono, da ultimo, evidenziate da Cass. 18 maggio 2011, n. 10917, in D&(ampersand)G online, 2011).

Così, l'entità dello scarto tra la prestazione promessa e quella eseguita, irrilevante su piano generale ai fini della tutela risarcitoria (art. 1223 c.c.) e dell'azione di esatto adempimento (art. 1453 c.c.), costituisce una pregiudiziale per le tutele ex art. 1492 e 1494 c.c.

La gravità dell'inadempimento, invero, assume rilievo ai fini dell'azione generale di risoluzione, ma

il legislatore - a differenza di quanto accade nella vendita - considera pure l'interesse programmato dalla parte creditrice. Ne consegue una maggiore accessibilità del rimedio demolitorio di cui all'art. 1453 c.c.

La tutela della parte non inadempiente, poi, non appare subordinata al compimento di alcuna attività di verifica della prestazione né al rispetto di stringenti termini di prescrizione e decadenza.

Benché appena accennata, la comparazione tra i due istituti consente di cogliere l'intenzione del legislatore di predisporre un sistema di tutele complessivamente meno efficace di quello previsto nella disciplina generale del contratto, al fine di difendere le operazioni di compravendita dal rischio di un'eccessiva precarietà.

D'altra parte, la necessità di salvaguardare la sicurezza e lo sviluppo dei traffici commerciali, circoscrivendo entro rigidi confini le circostanze idonee a mettere in crisi il rapporto tra venditore ed acquirente e fissando "in brevi termini la posizione delle parti rispetto all'esecuzione del contratto", è confermata anche dalla Relazione al codice civile.

La scelta effettuata dal legislatore del 1942, tradottasi in una "difesa ad oltranza del venditore", probabilmente risentiva dei legami con la tradizione (cfr., C.G. Terranova, Redibitoria, cit., 2; U. Grassi, Art. 1490, in Commentario del Codice Civile diretto da E. Gabrielli, Dei singoli contratti, artt. 1470-1547, a cura di D. Valentino, Torino, 2011, 290 ss.) che aveva elaborato le proprie regole sulla base di un modello di scambio - il c.d. scambio individualizzato - ben distante dal prototipo del contratto di massa che nel secondo dopoguerra ha definitivamente preso il sopravvento.

Il mutamento del quadro socio-economico di riferimento, evidenziando l'inadeguatezza della scelta normativa anche ai fini di un razionale svolgimento dell'attività commerciale (cfr., P. Greco - G. Cottino, Della vendita, Art. 1470-1547, II ed., in Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja - G. Branca, 1981, 231-232), induce dottrina e giurisprudenza a profondersi in uno sforzo di riequilibrio delle posizioni del venditore e del compratore palesato da un percorso ermeneutico inteso a circoscrivere, per quanto possibile, l'ambito di applicazione dell'art. 1490 c.c. (e delle disposizioni collegate).

L'obiettivo ultimo sembra quello di enucleare ipotesi differenti di imperfezioni della cosa assoggettabili, almeno in parte, alla disciplina generale dell'inadempimento.

Si elabora, infatti, la figura dell'*aliud pro alio* (A. Luminoso, La compravendita, Torino, 2005, 258), tradizionalmente identificato nella cosa appartenente a genere differente rispetto a quella pattuita e ricondotto sotto l'ambito di applicazione degli artt. 1453 ss. c.c. (sulla progressiva estensione, in giurisprudenza, della nozione di *aliud pro alio*, M. G. Salvadori, La consegna di *aliud pro alio*, in La vendita, IV, Garanzie e inadempimento, a cura di M. Bin, Padova, 1996, 837 ss.).

Neppure siffatti sforzi ricostruttivi appaiono, tuttavia, soddisfattivi delle esigenze del compratore messo in difficoltà dalle incertezze di identificazione delle diverse fattispecie e dei corrispondenti rimedi.

In difficoltà, però, non è soltanto l'acquirente ma pure il mercato, perché "l'interesse alla moltiplicazione degli affari si accompagna, nel quadro di una sempre più sofisticata rete di rapporti intersoggettivi e di contrattazioni di massa, ad esigenze di razionalizzazione, chiarezza e certezza degli stessi" (così, P. Greco - G. Cottino, Della vendita, cit., 232). Sul punto, tuttavia, la normativa rimane immutata per lungo tempo.

Soltanto a distanza di oltre cinquant'anni, su iniziativa del legislatore comunitario, viene introdotta nel nostro ordinamento una peculiare regolamentazione che, senza abrogare o modificare quella codicistica, attribuisce al consumatore nelle cc.dd. vendite di beni di consumo una garanzia adeguata alla nuova realtà socio-economica e ad un nuovo modello di scambio nel quale il venditore è un professionista tendenzialmente inserito all'interno di un processo distributivo organizzato connotato da fenomeni di integrazione tra produttore e distributore ed in grado di controllare la regolarità qualitativa della res e di calcolare le spese indotte dai vizi del suo prodotto tra i costi della produzione e della distribuzione (G. Amadio, Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche, in Riv. dir. civ., 2001, I, spec., 890 ss.).

Nella novella, alla consapevolezza della maggiore capacità del venditore-professionista di far fronte

ai vizi della cosa, si accompagna la maturazione dell'idea che la tutela dell'acquirente-consumatore converge con l'esigenza di favorire lo sviluppo del mercato ed il suo razionale svolgimento (scrive, invero, V. Scalisi, *Invalidità e inefficacia nella prospettiva europea dei rimedi*, ora in Id., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 272 s., "il perseguimento di istanze perequative e di giustizia contrattuale è una necessità vitale per lo stesso mercato, ponendosi come il miglior antidoto all'instaurarsi di meccanismi distorsivi di alterazione del suo corretto e regolare funzionamento").

Nella nuova disciplina, un nucleo di disposizioni imperative (art. 134, c. cons.), preordinate a garantire il consumatore da "qualsiasi difetto di conformità" (art. 130 c. cons.), mette a disposizione dello stesso un ampio asset di **rimedi - comprensivi della sostituzione e della riparazione** - (art. 130, comma 2, c. cons.) da far valere negli ampi termini contemplati dall'art. 132 c. cons. e suscettibili di ulteriore ampliamento nel caso in cui i vizi siano stati dolosamente occultati (art. 132, comma 4, c. cons.).

Maggiore considerazione assume anche l'incidenza del vizio sulla realizzazione del concreto interesse programmato dall'acquirente: rilevano sia l'uso particolare conosciuto dal venditore e non espressamente negato (art. 129, comma 2, lett. d), c. cons.) sia le aspettative che il consumatore ha maturato in forza di elementi esterni al contratto quale la pubblicità (art. 129, comma 2, lett. c), c. cons.; (sul rilievo dell'informazione prenegoziale nella formazione delle scelte di consumo sia consentito un rinvio a F. Rende, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, passim).

Si è, infine, proceduto, ad una notevole semplificazione della tutela del contraente debole equiparando alla compravendita, ai fini della garanzia, anche il contratto d'opera, di appalto, di permuta, di somministrazione e tutti i contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre (art. 128, comma 1, c. cons.) e riunendo, almeno secondo l'orientamento prevalente, sotto il medesimo regime giuridico le figure dei vizi, della mancanza di qualità e dell'*aliud pro alio* (sul punto, v. A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 312 ss.).

Vizi, mancanza di qualità e *aliud pro alio*

La garanzia disciplinata dagli artt. 1490-1495 c.c. concerne **i cc.dd. "vizi redibitori"**, ossia, secondo l'impostazione tutt'ora prevalente in giurisprudenza (cfr., ex multis, Cass. 9 luglio 2008, n. 18859, in *Mass. Giust. civ.*, 2008; Cass. 29 aprile 2010, n. 10285, in *Guida dir.*, 2010, 26, 96), **le imperfezioni della res riguardanti il processo di produzione o di fabbricazione.**

Il catalogo delle anomalie o difformità che la cosa venduta può presentare è, tuttavia, più ampio; ai vizi si affiancano, infatti, **la mancanza di qualità e l'*aliud pro alio*.**

La prima ipotesi ricorre quando la res appartiene ad un tipo diverso o ad una specie diversa da quella pattuita.

L'*aliud pro alio* si configura se il bene consegnato è di genere diverso rispetto a quello stabilito o si rivela, comunque, inidoneo a fornire l'utilità richiesta siccome diretto ad una differente destinazione economico-sociale (cfr., Cass. 8 ottobre 2007, n. 5202, in *Guida dir.*, 2007, 17, 79; nel caso di vendita di bene infungibile, l'*aliud pro alio* ricorre, secondo D. Rubino, *La compravendita*, cit., 910 s., in presenza della consegna di una cosa diversa da quella specificamente individuata).

Il riferimento al parametro della destinazione economico-sociale e, quindi, dell'utilitas che la res deve fornire per essere conforme alle aspettative dell'acquirente, viene impiegato dalla giurisprudenza quale correttivo del mero criterio fondato sulla distinzione tra *genus* e *species*. Così, ad es., si è fatto riferimento a tale indice per ricomprendere entro la figura dell'*aliud pro alio* la consegna di **prodotto naturale di varietà differente rispetto a quella pattuita e, perciò, del tutto inidoneo a soddisfare l'interesse dell'acquirente** (cfr., Cass. 19 gennaio 1995, n. 593, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1680).

Parte della dottrina, poi, individuando il tratto connotativo dell'*aliud pro alio* in **un'anomalia di tipo funzionale** ne estende la nozione fino a ricomprendere nella medesima **anche i difetti**

concernenti caratteristiche (non materiali, bensì) giuridiche del bene (cfr., A. Luminoso, La compravendita, III ed., Torino, 2003, 260). Ed, in effetti, la giurisprudenza ha fatto ricorso al criterio della idoneità della cosa a soddisfare l'interesse programmato soprattutto in siffatte ipotesi (per tale rilievo, v. G. D'Amico, La compravendita, cit., 458; si fa riferimento, ad esempio: alla vendita dell'immobile privo del certificato di abitabilità - per la quale v., Cass. 26 gennaio 2006, n. 1514, in Mass. Giust. civ., 2006 e, da ultimo, Cass. 11 ottobre 2013, n. 23157, in Guida dir., 2014, 2, 48 - o di agibilità - v. Trib. Bari 23 aprile 2014, reperibile in Archivio DeJure).

Vizi, mancanza di qualità e aliud pro alio sono connotati, quantomeno secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, da un'autonoma disciplina.

Alla mancanza di qualità l'art. 1497 c.c. riserva un regime normativo del tutto peculiare, caratterizzato dal connubio tra la disciplina generale in materia di inadempimento e quella della garanzia per vizi (si tratta, secondo L. Mengoni, Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita, in Riv. dir. comm., 1953, I, 21 di "una delle disposizioni più infelici del nostro codice").

L'art. 1497 c.c., pur avendo esteso alla mancanza di qualità il regime di decadenza e prescrizione tipico della garanzia per vizi (art. 1495 c.c.), assegna all'acquirente il diritto di ottenere la risoluzione del contratto (non ai sensi dell'art. 1492 c.c., bensì) "secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento".

Si perviene, così, alla costruzione di una regolamentazione ibrida risultante dalla combinazione tra la disciplina degli artt. 1453 ss. c.c. e le disposizioni sui termini di prescrizione e decadenza previsti dall'art. 1495 c.c.

Ancor più marcata è, poi, la differenza di disciplina tra i vizi e l'aliud pro alio cui si applicano interamente le disposizioni sull'inadempimento contrattuale (cfr., D. Rubino, La compravendita, cit., 910 ss.; P. Greco - G. Cottino, Della vendita, cit., 230; G.B. Ferri, La vendita in generale - Le obbligazioni del venditore - Le obbligazioni del compratore, cit., 248; C. M. Bianca, La vendita e la permuta, II ed., in Trattato di diritto civile italiano, fondato da F. Vassalli, VII, I, Torino, 1993, 949; F. Macario, Vendita, I, Profili generali, in Enc. giur., XXXII, Roma, 1994, 24).

Sulle differenze concettuali e di disciplina tra le tre figure esiste un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si ritiene opportuno riferire al termine dell'esame degli artt. 1490 ss. c.c.

I vizi rilevanti: a) **materialità del vizio**

Preliminarmente occorre soffermarsi sui caratteri che il vizio deve presentare per poter assumere rilievo ai sensi dell'art. 1490 c.c.

L'opinione prevalente considera applicabile la disciplina in esame soltanto quando la vendita abbia ad oggetto un bene materiale (D. Rubino, La compravendita, cit., 772; C. M. Bianca, La vendita, cit., 894; A. Luminoso, La compravendita, cit., 259; F. Macario, Vendita, cit., 24).

Minoritario appare, invece, l'orientamento che estende il regime della garanzia per vizi anche ai beni immateriali e ai titoli di credito (P. Greco - G. Cottino, Della vendita, cit., 249).

La dottrina maggioritaria, poi, considera essenziale anche il requisito della materialità del vizio (D. Rubino, La compravendita, cit., 772; C. M. Bianca, La vendita, cit., 892 s.; A. A. Luminoso, La compravendita, cit., 259; F. Macario, Vendita, cit., 24); i rigorosi termini di decadenza e prescrizione per l'esperimento delle tutele ex art. 1492 c.c. si spiegherebbero, infatti, avuto riguardo ad inesattezze materiali della prestazione suscettibili di essere accertate direttamente attraverso l'esame della cosa (C. M. Bianca, op. ult. cit.). **Il vizio giuridico, ad avviso di alcuni autori, ricade, invece, nella disciplina degli artt. 1482 e 1489** (cfr., A. Luminoso, La compravendita, cit., 267) sempre che non determini l'invalidità della vendita per incommerciabilità del bene (così, D. Rubino, La compravendita, cit., 773).

In talune pronunce, la giurisprudenza applica l'art. 1490 c.c. anche al vizio giuridico, purché attenga alla cosa e non ai titoli o documenti ad essa relativi (Cass. 3 marzo 1971, n. 542, in Italggiureweb); in

particolare, ha qualificato come "viziato" il prodotto realizzato con l'impiego di componenti vietate dalla legge (Cass. 16 giugno 1984, n. 3609, in Mass. Giust. civ., 1984). Nello stesso senso si è pronunciata una parte, sia pure minoritaria, della dottrina che riconduce alla categoria dei vizi redibitori le anomalie di tipo giuridico che incidono sulla utilizzabilità e godibilità del bene (P. Greco - G. Cottino, Della vendita, cit., 249).

Per la S.C., poi, l'ambito di applicazione dell'art. 1490 c.c. va circoscritto **alle sole anomalie intrinseche al bene venduto** (Cass. 29 marzo 1989, n. 1522, in Mass. Giust. civ., 1989; Cass. 21 febbraio 1983, n. 1309, in Mass. Giust. civ., 1983; v., altresì, Cass. 8 maggio 2008, n. 11410, in Mass. Giust. civ., 2008, 685) siano esse determinate da cause interne od esterne (in tal senso, D. Rubino, La compravendita, cit., 775). In siffatta prospettiva, l'acquirente non può fruire della garanzia qualora l'inidoneità del bene all'uso non dipenda da un vizio della cosa in sé, ma da fattori ultronei che ne compromettono la concreta possibilità di impiego secondo le aspettative dell'acquirente (cfr., G. D'Amico, La compravendita, cit., 440 che, comunque, fa salva l'ipotesi in cui il compratore abbia manifestato esigenze particolari). Così, ad esempio, accade quando il bene, in sé privo di difetti, non sia compatibile con l'impianto all'interno del quale era destinato a funzionare.

Talvolta, però, la giurisprudenza mostra qualche incertezza in relazione alla stessa definizione di vizio intrinseco alla res, come nell'ipotesi di alienazione di immobile caratterizzato da immissioni rumorose.

Alcune sentenze di legittimità e di merito, infatti, considerano tale difetto "oggettivamente inerente all'appartamento" pur se derivante da cause esterne (Cass. 22 agosto 1998, n. 8338, in Corr. Giur., 1998, 1155 ss., con nota di V. Carbone, Garanzia per vizi nella vendita di immobili: luci e ombre della giurisprudenza; Trib. Torino 23 aprile 2007, n. 2715, in Arch. locazioni, 2008, 279). L'elaborazione giurisprudenziale perviene così ad un ampliamento della nozione di vizio redibitorio tradizionalmente inclusiva dei soli difetti di fabbricazione o conservazione della cosa (così, G. D'Amico, La compravendita, cit., 439, nt. 1165).

L'orientamento giurisprudenziale appare pertanto sintomatico della volontà di assegnare rilievo anche ai vizi esterni alla res ed espressivo del più generale trend ermeneutico volto a favorire la tutela dell'acquirente, specialmente nell'ipotesi di vendite immobiliari (V. Carbone, Garanzia per vizi nella vendita di immobili, cit., 1156 ss.).

In dottrina, tuttavia, si ritiene che la disciplina dei vizi redibitori possa essere utilizzata soltanto quando le immissioni dall'ambiente esterno dipendano da cause naturali; rientrerebbero, invece, nell'ambito di applicazione dell'art. 844 c.c. le immissioni causate dall'attività di un vicino.

I rimedi ex art. 1492 c.c. potrebbero, invero, determinare un ingiustificato arricchimento qualora l'acquirente, ottenuta la riduzione del prezzo, agisca anche nei confronti del vicino per far cessare l'immissione (in tal senso, D. Rubino, La compravendita, cit., 775, spec. nt. 30-bis, ove si precisa che all'acquirente spetta ugualmente la garanzia nel caso in cui ricorra un'ipotesi di esclusione della tutela inibitoria ex art. 844 c.c.).

Segue: b) preesistenza

Un altro presupposto di operatività della garanzia, benché non menzionato dall'art. 1490 c.c., si rinviene nella **preesistenza del vizio** (P. Greco - G. Cottino, Della vendita, cit., 250; A. Luminoso, La compravendita, cit., 269; per la giurisprudenza, v., Trib. Bari 21 aprile 2005, in Giurisprudenzabarese.it, 2005; Cass. 22 agosto 1998, n. 8338, cit.; Cass. 21 febbraio 1983, n. 1309, cit.; Cass. 24 maggio 1980, n. 3413, in Mass. Giust. civ., 1980), perché i deterioramenti sopravvenuti "non riguardano l'esattezza della prestazione ma appartengono alla sfera dei rischi che incombono al compratore quale proprietario" (in tal senso, C. M. Bianca, La vendita, cit., 896 ss.).
Omissis

Segue: c) incidenza del vizio sull'utilità o sul valore della res

Ai sensi dell'art. 1490 c.c. l'acquirente è tutelato sia contro i difetti che rendono la cosa inidonea

all'uso, sia contro quelli che ne diminuiscono sensibilmente il valore.

La prima gamma di imperfezioni, secondo la giurisprudenza prevalente, si riscontra nella res che non si presti ad un impiego ordinario, coincidente con quello tipicamente assegnato alla cosa in un determinato contesto economico-sociale (cfr., Cass. 6 aprile 1971, n. 1013, in Foro it., 1971, 306) e ciò pur quando il venditore fosse consapevole del diverso uso cui la cosa era destinata (cfr., Cass. 27 gennaio 1979, n. 624, in Mass. Giust. civ., 1979, 283).

Rientrerebbe, invece, nell'ambito di operatività dell'art. 1497 c.c. (mancanza di qualità promesse) la **dichiarazione mendace del venditore concernente la possibilità di un impiego ulteriore, differente da quello normale** (cfr., M.G. Falzone, La garanzia per vizi, in M. Bin (a cura di), La vendita, IV, Garanzie e inadempimento, 1, Padova, 1996, 473; di diverso avviso, tuttavia, l'opinione maggioritaria in dottrina: R. Luzzato, La compravendita, Ed. postuma a cura di G. Persico, Torino, 1961, 246; D. Rubino, La compravendita, cit., 776; P. Greco - G. Cottino, Della vendita, cit., 251; C.M. Bianca, La vendita, cit., 887; G. D'Amico, La compravendita, cit., 441).

Omissis...

Segue. Dottrina. Francesco Rende. *La garanzia per i vizi nella vendita di diritto comune. Parte Seconda: i rimedi*, in *Contratti*, 2016, 7, 688

I rimedi codicistici per i vizi della cosa venduta: cenni introduttivi

Le forme di tutela riconosciute dall'art. 1492 c.c. all'acquirente di un bene difettoso si riducono alla risoluzione del contratto e alla riduzione del prezzo. Non è, infatti, espressamente contemplata, né può ammettersi in via d'interpretazione, almeno secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, la possibilità di richiedere l'esatto adempimento, consistente, nel caso di specie, nella istanza di riparazione o di sostituzione della cosa.

In un sistema economico fondato sullo scambio minuto, tale apparato rimediabile tendeva ad evitare una circolazione dei beni "imbrigliata" da richieste di riparazione e sostituzione delle merci difficili da soddisfare, soprattutto quando rivolte a venditori occasionali che, mancando di idonea organizzazione, non potrebbero sopportare (G. Amadio, Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche, in Riv. dir. civ., 2001, I., spec., 890 ss.; G. D'Amico, La compravendita, I, Napoli, 2013, spec., 469 s.) un sacrificio economico sproporzionato rispetto al valore del bene (cfr., C.M. Bianca, La vendita e la permuta, II ed., in Trattato di diritto civile italiano, fondato da F. Vassalli, VII, I, Torino, 1993, 949, cit., 1010).

Il modello di scambio prefigurato dal legislatore del '42 ha perduto, però, centralità. Con la sostanziale scomparsa della contrattazione tra privati (ridotta, ormai, a fenomeno del tutto marginale) e l'avvento e la diffusione, sempre più capillare, di reti di vendita in grado di fornire anche l'assistenza nell'ipotesi di vizi del prodotto, una tutela rafforzata e maggiormente soddisfacente delle esigenze dell'acquirente appare sicuro incentivo all'incremento degli scambi. In oggi, la conservazione dell'operazione negoziale, previa eliminazione dei vizi della cosa, risponde, di norma, anche all'interesse del venditore professionista che, non di rado, offre la riparazione del bene al fine di evitare la risoluzione del contratto.

La regola contenuta nell'art. 1492 c.c., dunque, si appalesa inadatta a fronteggiare le reali esigenze collegate alla circolazione dei beni, ma gli sforzi ermeneutici di una parte della dottrina, volti a superare le rigidità della disposizione in esame, sono rimasti privi di riscontro giurisprudenziale.

Su impulso del legislatore dell'Unione, tuttavia, l'ambito di applicazione della disciplina in esame è stato sensibilmente circoscritto, in quanto le transazioni tra professionista e consumatore sono, adesso, regolate dagli artt. 128 ss. c. cons. In siffatte norme la riparazione e la sostituzione dei beni non conformi al contratto diventano rimedi primari a disposizione del consumatore (sulla garanzia nella vendita dei beni di consumo, v. G. D'Amico, La compravendita, cit., 481 ss.).

Segue: la scelta tra i rimedi disponibili

Nel campo di applicazione delle regole codicistiche, l'acquirente di un bene difettoso può, come detto, domandare, a sua scelta, la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo.

Eccettuate le ipotesi in cui l'actio redhibitoria è preclusa dagli usi o dalla sussistenza di una delle circostanze indicate dall'art. 1492, comma 3, c.c., risoluzione del contratto e riduzione del prezzo operano, infatti, in forza dei medesimi presupposti (quelli indicati dall'art. 1490 c.c.) ed il compratore può formulare liberamente l'una o l'altra domanda.

Il legislatore non ha posto alcuna gerarchia né ordine di preferenza tra gli strumenti di tutela concessi all'acquirente.

Nessuna graduazione tra i due rimedi può, in particolare, scaturire dalla maggiore o minore entità del vizio, essendo rilevante esclusivamente il superamento della soglia di tolleranza fissato dall'art. 1490 c.c. (cfr., Cass., SS.UU., 25 marzo 1988, n. 2565 in Foro it., 1988, I, 2975; Cass. 1°(gradi) febbraio 1995, n. 1153, in Mass. Giust. civ., 1995, 250; a conclusioni differenti deve pervenirsi qualora si ritenga che la risoluzione ex art. 1492 c.c. presupponga, altresì, il superamento del limite fissato dall'art. 1455 c.c. - sul punto si tornerà specificamente a breve, ma v. fin d'ora, M.G. Cubeddu, Vizio apprezzabile e garanzia della cosa venduta, in Riv. dir. civ., 1990, II, spec., 189 ss.).

Integrato tale requisito, non è possibile, secondo l'orientamento prevalente (cfr., D. Rubino, La compravendita, cit., 802 s.), proporre ulteriori classificazioni distinguendo, sulla scorta di quanto disposto dall'art. 1455 c.c., difetti più gravi legittimanti la risoluzione del contratto e difetti meno gravi suscettibili di dar luogo alla sola riduzione del prezzo (Cass. 29 novembre 2004, n. 22415, in Mass. Giust. civ., 2004). Pertanto, il compratore può esperire l'actio quanti minoris anche in presenza di un vizio che esclude in toto l'uso della res nella sua funzione tipica (D. Rubino, op. ult. cit.; Cass. 21 agosto 1985, n. 4471 in Mass. Giust. civ., 1985).

L'identità dei presupposti operativi dei due rimedi ha importanti risvolti sul piano processuale.

È escluso a priori un differente esito per la domanda principale (di risoluzione) e per quella subordinata (di riduzione del prezzo) (cfr., C.G. Terranova, Redibitoria, (azione), in Enc. giur., XXVI, Roma, 1991, 14; U. Grassi, Art. 1492, in Commentario del Codice Civile diretto da E. Gabrielli, Dei singoli contratti, artt. 1470-1547, cit., 314-315). Pertanto, ad avviso della S.C., è preclusa ab origine la possibilità di proporre le due azioni subordinando una delle due domande (ordinariamente la quanti minoris) all'eventuale rigetto della domanda principale (cfr., Cass., SS.UU., 25 marzo 1988, n. 2565, cit.; Cass. 29 novembre 2004, n. 22415, in Mass. Giust. civ., 2004 e, da ultimo, Cass. 26 agosto 2015, n. 17138, in Mass. Giust. civ., 2015; contra: Cass. 7 luglio 2000, n. 9098, in Mass. Giust. civ., 2000, 1517 secondo la quale "in tema di garanzia per i vizi della cosa venduta, il compratore può proporre azione di risoluzione e, in via subordinata, chiedere la riduzione del prezzo per l'ipotesi in cui la domanda principale risulti inammissibile, infondata o vi rinunci").

L'inammissibilità della domanda subordinata può, peraltro, essere rilevata d'ufficio dal giudice (Cass. 27 gennaio 2004, n. 1434, in Mass. Giust. civ., 2004).

Nessuna preclusione sussiste, invece, qualora la richiesta della riduzione del prezzo sia formulata in via subordinata, ma per l'ipotesi che l'actio redhibitoria, ad avviso dell'organo giudicante, debba ritenersi esclusa ai sensi dell'art. 1492 c.c. (usi, trasformazione della res, ecc.: sul punto, v. D. Rubino, La compravendita, Ristampa della seconda edizione riveduta e ampliata, Milano, 1981., 810; C.G. Terranova, Redibitoria, cit., 14; B. Agostinis, La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore, Artt. 1490-1499, in Il Codice Civile. Commentario, Milano, 2012, 84; in giurisprudenza, v. Cass., SS.UU., 25 marzo 1988, n. 2565, cit.). Allo stesso modo la parte potrà chiedere la riduzione del prezzo dopo il rigetto della domanda di risoluzione motivato dalla ricorrenza di una delle citate cause di esclusione.

Su piano generale, pertanto, il compratore è chiamato ad effettuare una scelta che diviene irrevocabile con la proposizione della domanda giudiziale; fino a quel momento l'eventuale

preferenza indicata con atto stragiudiziale è suscettibile di revoca (cfr., Cass. 19 ottobre 1963, n. 2787, in Foro it., 1964, I, 567).

Dopo la proposizione della domanda giudiziale, invece, si ritiene che non sia più possibile modificare la domanda (neppure prospettando una differente qualificazione del difetto) né proporre una nuova subordinata né, ancora, rinunciare agli atti del giudizio ed instaurarne uno nuovo concernente il rimedio dapprima scartato (cfr., D. Rubino, La compravendita, cit., 809 ss.; P. Greco - G. Cottino, Della vendita, Art. 1470-1547, II ed., in Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja - G. Branca, 1981, 267; C. M. Bianca, La vendita, cit., 955 ss.; C.G. Terranova, Redibitoria, cit., 14). L'irrevocabilità della scelta dipende, invero, dalla necessità di tutelare l'interesse del venditore a conoscere la sorte del contratto: l'azione di riduzione del prezzo sottende, infatti, l'accettazione della prestazione inesatta con conseguente conservazione dell'operazione di scambio; la redibitoria implica, al contrario, la volontà di sciogliere il vincolo contrattuale (C.M. Bianca, op. ult. cit.; C.G. Terranova, op. ult. cit.; R. Calvo, Le garanzie del compratore per difetti materiali o funzionali, in P. Sirena (a cura di), Vendita e vendite, Tratt. dei contratti diretto da V. Roppo, I, Milano, 2014, 300).

Tuttavia, l'acquirente può effettuare una nuova scelta tra i rimedi ogni volta che faccia valere un vizio differente rispetto a quello oggetto di un precedente giudizio (D. Rubino, op. ult. cit.).

Presupposti della risoluzione ex art. 1492 e rapporti con l'art. 1453 c.c.

Un punto particolarmente controverso concerne l'identificazione dei requisiti che legittimano la richiesta di risoluzione del contratto ex art. 1492 c.c.

Sulle soluzioni proposte incide l'eventuale riconduzione dell'actio redhibitoria nell'alveo dell'azione generale di risoluzione (per una panoramica delle diverse opinioni v., B. Agostinis, La garanzia per i vizi della cosa venduta, cit., 65 ss.).

Interpretando la disciplina della garanzia per vizi alla luce degli artt. 1453 ss. c.c. si verifica, infatti, un ridimensionamento delle tutele predisposte per l'acquirente di un bene difettoso.

È noto l'orientamento giurisprudenziale propenso, pur nel silenzio dell'art. 1453 c.c., a ritenere che l'azione generale di risoluzione possa essere utilmente esperita soltanto quando l'inadempimento sia imputabile alla colpa del debitore (cfr., Cass. 14 marzo 2013, n. 6551, in Guida al dir., 2013, 23, 52; Cass. 18 maggio 2009, n. 11423, in D&(ampersand)G online, 2009; Cass. 11 marzo 2008, n. 6463, in Resp. civ. prev. 2008, 1184; Cass. 21 gennaio 2000, n. 639, cit.; in dottrina la questione è, invece, dibattuta, sul punto v., A. Luminoso, Della risoluzione per inadempimento, in Comm. cod. civ., a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, sub. Artt. 1453-1454, Bologna-Roma, 1990, 19; M. Tamponi, La risoluzione per inadempimento, in Tratt. dei contratti a cura di E. Gabrielli, I contratti in generale, II, Torino, 1999, 1485 ss.; R. Sacco, in Tratt. di dir. civ., diretto da R. Sacco, Il contratto, di R. Sacco - G. De Nova, II, III ed., Torino, 2004, 627 ss.; G. Amadio, Inattuazione e risoluzione: la fattispecie, in V. Roppo (a cura di), Rimedi-2, Tratt. del contratto diretto da V. Roppo, V, Milano, 2006, 67 ss.; P.M. Putti, La risoluzione, in Diritto civile diretto da N. Lipari e P. Rescigno, III, Obbligazioni, II, Il contratto in generale, Milano, 2009, 1148 ss.). Stante l'operatività della presunzione ex art. 1218 c.c., il debitore può paralizzare la domanda di risoluzione solo fornendo la prova della propria diligenza.

Ai sensi dell'art. 1455 c.c., poi, lo scioglimento del vincolo contrattuale è subordinato alla sussistenza di un inadempimento di non scarsa importanza avuto riguardo anche all'interesse del creditore a ricevere una prestazione esatta.

L'esigenza di non ridurre la portata delle tutele previste dall'art. 1492 c.c. ha indotto la Corte di Cassazione ad affermare che "l'azione di inadempimento del contratto di compravendita è regolata non già dalla disciplina generale dettata dagli artt. 1453 e ss. cod. civ., ma dalle norme speciali di cui agli artt. 1492 e ss. cod. civ." (cfr., Cass. 7 marzo 2007, n. 5202, in Guida dir., 2007, 17, 79; Cass. 15 maggio 2000, n. 6234, in Mass. Giust. civ., 2000, 1022).

Ricostruita quale autonomo strumento di tutela, l'actio redhibitoria rinviene i presupposti di operatività unicamente nell'art. 1490 c.c., tanto più che tale disposizione, a differenza dell'art. 1497 c.c., non contiene alcun richiamo alla disciplina generale della risoluzione per inadempimento (cfr.,

Cass. 21 gennaio 2000, n. 639, cit.).

Conseguentemente, l'acquirente può chiedere la rimozione del vincolo contrattuale sulla base della mera sussistenza oggettiva del vizio e, cioè, anche quando il difetto non sia imputabile a colpa del venditore (cfr., Cass. 21 aprile 2015, n. 8102, in Mass. Giust. civ., 2015; Cass. 12 giugno 2014, n. 13403, in D&(ampersand)G, 2014, 13 giugno 2014; Cass. 29 novembre 2013, n. 26852, in Mass. Giust. civ., 2013; Cass. 18 maggio 2009, n. 11423, cit.; Cass. 21 gennaio 2000, n. 639, in questa Rivista, 2000, 902, con nota di Capoluongo; in dottrina, v. D. Rubino, La compravendita, cit., 630; G.B. Ferri, La vendita in generale, - Le obbligazioni del venditore - Le obbligazioni del compratore, in Tratt. di Dir. priv., diretto da P. Rescigno, 11, Torino, 1984, 253; L. Cabella Pisu, Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali, Milano, 1983, 220 s.; A. Luminoso, La compravendita, Torino, 2005, 273; G. D'Amico, La compravendita, cit., 445).

Le conclusioni sopra riferite sono, peraltro, condivise anche da chi riconduce la redibitoria nell'alveo del rimedio ex art. 1453 c.c., ma esclude il rilievo della colpa in relazione all'azione generale di risoluzione e, conseguentemente, anche ai fini dell'art. 1492 c.c. (cfr., C.M. Bianca, La vendita, cit., 948 s.).

Chi propende per l'autonomia dell'actio redhibitoria esclude, anche, che la stessa sia soggetta ai limiti di cui all'art. 1455 c.c. (cfr., Cass. 26 agosto 2015, n. 17138, in Mass. Giust. civ., 2015; Cass. 29 novembre 2004, n. 22415, in Mass. Giust. civ., 2004; Cass., SS.UU., 25 marzo 1988, n. 2565, cit.; in dottrina v., P. Greco - G. Cottino, Della vendita, cit., 252; G. D'Amico, La compravendita, cit., 446) essendo unicamente rilevante che, ai sensi dell'art. 1490 c.c., il difetto renda la cosa inidonea all'uso o ne diminuisca in modo apprezzabile il valore.

Chi, invece, considera l'art. 1492 c.c. particolare ipotesi applicativa del rimedio ex art. 1453 c.c., subordina lo scioglimento del vincolo contrattuale al superamento della soglia di tolleranza sancita dall'art. 1455 c.c. (in tal senso, C.M. Bianca, La vendita, cit., 950; F. Galgano, Vendita (dir. priv.), in Enc. dir., XLVI, 1993, Milano, 494).

Anche la S.C., pur senza negare espressamente l'autonomia dell'actio redhibitoria, ha talora interpretato l'art. 1492 c.c. alla luce del principio espresso dall'art. 1455 c.c. (cfr., Cass. 25 settembre 2013, n. 21949, in Mass. Giust. civ., 2013; Cass. 15 febbraio 1986, n. 914, in Mass. Giust. civ., 1986).

La questione da ultimo prospettata secondo taluni autori andrebbe, peraltro, ridimensionata avuto riguardo alle sue ricadute pratiche.

Si ritiene, invero, che la nozione di vizio, così come tratteggiata dall'art. 1490 c.c., sia sostanzialmente equivalente a quella di inadempimento di non scarsa importanza di cui all'art. 1455 c.c. (su tale rapporto, v. M.G. Cubeddu, Vizio apprezzabile, cit., spec., 188 ss.). **La S.C., in particolare, ha affermato che "i vizi rilevanti ex artt. 1490 e 1492 c.c. sono quelli che rendono la cosa inidonea all'uso o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore, ed il riferimento al criterio della normale apprezzabilità costituisce un riflesso, se non proprio una particolare applicazione, della non scarsa importanza dell'inadempimento richiesta dalla norma generale in tema di risoluzione" (cfr., Cass., SS.UU., 25 marzo 1988, n. 2565, cit.).**

In sintesi, per le imperfezioni che incidono sul valore della cosa è contemplata una soglia di tolleranza equivalente a quella sancita dall'art. 1455 c.c.; certamente grave, poi, andrebbe considerato il difetto che preclude l'uso cui la cosa è destinata.

La differenza tra le due formule sarebbe, così, apprezzabile soltanto quando si ricomprendano nella garanzia anche vizi che riducono (senza pregiudicare del tutto) l'idoneità della cosa: nel silenzio dell'art. 1490 c.c., infatti, il richiamo all'art. 1455 c.c. varrebbe ad escludere la risoluzione qualora la suddetta diminuzione fosse di esigua entità (cfr., U. Grassi, Art. 1490, in Commentario del Codice Civile diretto da E. Gabrielli, Dei singoli contratti, artt. 1470-1547, a cura di D. Valentino, Torino, 2011, 298; cfr., altresì, Cass. 25 settembre 2013, n. 21949, cit., che, pur non affrontando direttamente la questione, sembra invocare l'operatività dell'art. 1455 c.c. al fine di subordinare la risoluzione del contratto all'accertamento di imperfezioni che compromettano l'idoneità della cosa all'uso cui è destinata).

Appare, infine, opportuno ricordare l'orientamento che considera gli artt. 1455 e 1490 c.c. quali norme che esigono valutazioni dell'inadempimento di tipo diverso: l'identificazione di un vizio ex art. 1490 c.c. non implicherebbe, infatti, automaticamente, un pregiudizio per l'economia del contratto e, quindi, la sussistenza dell'interesse dell'acquirente alla risoluzione. Nella prospettiva in esame, il collegamento tra le succitate disposizioni consente di graduare i rimedi di cui all'art. 1492 c.c.: l'accertamento di un'imperfezione integrante i requisiti di cui all'art. 1490 c.c., di per sé sufficiente ai fini della riduzione del prezzo, non basterebbe per ottenere lo scioglimento del vincolo contrattuale essendo, altresì, necessario che un siffatto difetto risulti tale da pregiudicare completamente l'interesse dell'acquirente alla conservazione dell'operazione di scambio (in tal senso, M.G. Cubeddu, *Vizio apprezzabile*, cit., spec., 198 ss.).

Ad incidere sul giudizio concernente la rilevanza del difetto della cosa possono essere, infine, ai sensi dell'art. 1492 c.c., gli usi.

Gli usi, infatti, possono venire in rilievo sotto un duplice profilo: in via diretta, precludendo la risoluzione del contratto in presenza di determinati difetti, ma, anche, in via mediata, elevando il limite di tolleranza in relazione a talune precipue tipologie di vizi.

Omissis...

La riduzione del prezzo

Funzione precipua dell'actio quanti minoris è quella di ripristinare l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni compromesso dal vizio della res (Cass. 21 maggio 2008, n. 12852, in *Danno e resp.*, 2009, 161 ss. con nota di A. Mastrorilli, *Garanzia per vizi nella vendita e risarcimento in forma specifica: un rapporto controverso*, 187 ss.; in *dottrina v.*, G. D'Amico, *La compravendita*, cit., 451). L'azione tende, dunque, a ripristinare la composizione di interessi voluta dai contraenti, indipendentemente dal valore di mercato del bene.

Siffatta precisazione impone di individuare i parametri alla stregua dei quali ridurre il corrispettivo originariamente pattuito.

In negativo, va anzitutto precisato che il giudice non deve operare un confronto tra il prezzo pattuito e il valore di mercato del bene viziato; in caso contrario, comprime l'autonomia delle parti che potrebbero aver fissato un corrispettivo più o meno vantaggioso rispetto a quello ordinariamente praticato per quel tipo di merce.

In positivo, occorre quantificare in misura percentuale la riduzione di utilità che il vizio comporta rispetto ad un bene perfettamente integro e diminuire nella stessa misura il corrispettivo pattuito (Cass. 21 maggio 2008, n. 12852, cit.; in *dottrina v.*, D. Rubino, *La compravendita*, cit., 812; s.; C.M. Bianca, *La vendita*, cit., 954; P. Greco - G. Cottino, *Della vendita*, cit., 270; C.G. Terranova, *Redibitoria*, cit., 15; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 275; G. D'Amico, *La compravendita*, cit., 451). Solo in questo modo si è certi di non compromettere il rapporto di equivalenza tra cosa e prezzo voluto dalle parti.

Come si è, in precedenza, accennato, la riduzione del prezzo può domandarsi anche quando sussista un vizio che escluda l'uso della res nella sua funzione tipica, purché residui per l'acquirente la possibilità di trarne una qualche utilità (Cass. 21 agosto 1985, n. 4471 in *Mass. Giur. it.*, 1985; in *dottrina v.*, G. D'Amico, *La compravendita*, cit., 451, nt. 1199). Qualora, invece, il vizio sia tale da compromettere integralmente l'utilizzo della cosa privandola di ogni valore di scambio, l'actio quanti minoris rimarrà preclusa potendosi, in tal caso, esperire solo l'azione redibitoria (Trib. Milano 17 aprile 1989, in *Giur. mer.*, 1989, 1092).

La pronuncia giudiziaria che sancisce la riduzione del prezzo determina il sorgere, in capo al venditore, di un debito di valuta con conseguente applicazione dell'art. 1224 c.c. (Cass. 6 febbraio 1989, n. 724, in *Foro it.*, I, 3166; qualifica come debito di valuta l'obbligazione sorta a seguito del vittorioso esperimento dell'actio quanti minoris ex art. 1480 c.c.: Cass. 29 gennaio 2013, n. 2060, in *Giust. civ.*, 2013, I, 2063).

Possibilità di esperire l'azione di esatto adempimento: rinvio alla lettura delle sentenze

riportate nei successivi paragrafi

Omissis...

La tutela risarcitoria

L'art. 1494 c.c. riconosce all'acquirente di un bene viziato la possibilità di agire per il risarcimento dei danni.

Pur collocata nella disciplina della garanzia, siffatta azione risarcitoria è espressamente fondata sulla colpa del venditore (cfr., Cass. 12 giugno 2014, n. 13403, in D&(ampersand)G, 2014; non è necessaria, invece, la mala fede: Cass. 23 settembre 2011, n. 19494, in D&(ampersand)G online, 2011; in dottrina v., D. Rubino, La compravendita, cit., 817; C.M. Bianca, La vendita, cit., 976; P. Greco - G. Cottino, Della vendita, cit., 2775; G. Mirabelli, Artt. 1490-1497, in Commentario del Codice civile, IV, III, I singoli contratti, III ed., Torino, 1991, 107; C.G. Terranova, Redibitoria, cit., 16; A. Luminoso, La compravendita, cit., 276; G.B. Ferri - A. Nervi, Il contratto di compravendita, in Diritto Civile, diretto da N. Lipari - P. Rescigno, III, Obbligazioni, III, I contratti, Milano, 2009, 32; G. D'Amico, La compravendita, cit., 472). Conformemente a quanto stabilito in materia di responsabilità contrattuale, peraltro, la negligenza dell'alienante si presume salvo prova di aver ignorato senza colpa i vizi della cosa (secondo la S.C., inoltre, "l'ignoranza incolpevole del venditore, agli effetti dell'art. 1494 c.c., integra un'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio, purché risultante ex actis", così Cass. 22 ottobre 2015, n. 21524, in Mass. Giust. civ., 2015). All'acquirente spetta, perciò, soltanto la prova dell'esistenza del vizio, delle conseguenze dannose e del relativo nesso di causalità (sull'applicabilità della presunzione di colpa anche nel caso di vizio occulto, v., Cass. 16 febbraio 2015, n. 3042, in D&(ampersand)G, 2015; Cass. 9 agosto 2007, n. 17477, in Guida dir., 2008, 1, 46).

La prova liberatoria gravante sull'alienante consiste nella dimostrazione di essersi attivato per compiere i dovuti accertamenti prima della vendita, alla stregua della diligenza da lui esigibile in relazione alla specifica attività esercitata (art. 1176, comma 2, c.c.) "e quindi alla stregua di un criterio di commisurazione più qualificata ed intensa rispetto a quello comune richiesto in riferimento alla figura media del buon padre di famiglia" (così, Cass. 26 aprile 1991, n. 4564, in Mass. Giust. civ., 1991; cfr., Cass. 5 dicembre 2008, n. 28807, in Mass. Giust. civ., 2008; Trib. Monza 16 maggio 2003, in Giur. mer., 2003, 1932).

Nell'ambito della grande distribuzione si è precisato che "i doveri professionali del commerciante, se non possono includere l'effettuazione di indagini e riscontri assidui, sì da scoprire anomalie della singola confezione, impongono, secondo le regole di normale diligenza, controlli periodici o su campione, al fine di evitare che notevoli quantitativi di merce presentino gravi vizi di composizione o di conservazione, anche alla stregua della destinazione della merce stessa e della conseguenziale attitudine ad arrecare nocimento" (così, Cass. 30 agosto 1991, n. 9277, in Mass. Giust. civ., 1991; nello stesso senso: Cass. 5 marzo 2008, n. 6007, in Mass. Giust. civ., 2008).

Un ruolo decisivo, nella valutazione della diligenza impiegata dal venditore, possono svolgere anche gli usi invalsi nello specifico settore commerciale, "da intendersi non come usi giuridici e normativi, ma come semplici usi di fatto consistenti in pratiche abitualmente eseguite nella produzione e nel commercio di un determinato prodotto" (in tal senso, Cass. 26 aprile 1991, n. 4564, cit.).

L'azione riconosciuta dall'art. 1494 c.c., al pari delle azioni redibitoria e quanti minoris, soggiace ai termini di prescrizione e decadenza di cui all'art. 1495 c.c. (cfr., ex multis, Cass. 22 novembre 2000, n. 15104, in Mass. Giust. civ., 2000). La domanda risarcitoria, può, tuttavia, essere esperita sia da sola che cumulativamente con i rimedi ex art. 1492 c.c. (si tratta di affermazione pacifica in giurisprudenza: v., ex multis, Cass. 29 novembre 2013, n. 26852, cit.). L'eventuale rinuncia del compratore all'azione di risoluzione, perciò, non preclude al giudice l'esame dell'azione risarcitoria proposta (cfr., Cass. 22 novembre 2000, n. 15104, cit.).

Il risarcimento del danno, trattandosi di un'ipotesi di responsabilità contrattuale, comprende, secondo le regole generali, tanto il lucro cessante quanto il danno emergente (C.M. Bianca, La

vendita, cit., 978; C.G. Terranova, Redibitoria, cit., 16; A. Luminoso, La compravendita, cit., 276), estendendosi "a tutti i danni subiti dall'acquirente, e quindi non solo a quelli relativi alle spese necessarie per l'eliminazione dei difetti accertati, ma anche a quelli inerenti alla mancata o parziale utilizzazione del bene o al lucro cessante per la mancata rivendita dello stesso" (così, Cass. 12 giugno 2014, n. 13403, in D&(ampersand)G, 2014).

Il compratore, si precisa, "deve essere posto nella situazione economica equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se la cosa fosse stata immune da vizi e non a quella in cui di sarebbe trovato se non avesse concluso il contratto o se lo avesse concluso a prezzo inferiore" con la conseguenza che il risarcimento deve comprendere anche il maggior costo dell'utilizzo della cosa (in termini, ad esempio, di maggiori quantità di prodotto utilizzato e di manodopera impiegata) determinato dal vizio (cfr., Cass. 1°(gradi) febbraio 1995, n. 1153, in Mass. Giust. civ., 1995).

È chiaro che uno dei principali pregiudizi ordinariamente subiti dall'acquirente della cosa viziata consiste nella diminuzione di valore della res cui si può far fronte anche con l'actio quanti minoris. Nell'ipotesi di cumulo delle due azioni, dunque, il risarcimento è volto a rimuovere i danni che residuano dopo la riduzione sicché, una volta ridotto il prezzo in misura corrispondente alla percentuale di disvalore della cosa derivante dall'esistenza dei vizi, "il danno deve essere quantificato nella differenza fra gli utili rispettivamente ricavabili dalla concreta utilizzazione della medesima, nelle diverse situazioni, ottimale e deficitaria" (cfr., Cass. 21 luglio 1984, n. 4278, in Riv. giu. edilizia, 1985, I, Sez. I, 29).

Nel novero dei pregiudizi risarcibili all'acquirente della res viziata l'art. 1494, comma 2, c.c. ricomprende anche "i danni derivanti dai vizi della cosa".

Siffatta locuzione si presta ad interpretazioni eterogenee.

Si sottolinea che mentre il primo comma comprenderebbe i cc.dd. "danni diretti" (quale la riduzione di valore della cosa, le spese di riparazione, il lucro cessante, ecc.) il secondo si riferirebbe ai danni "indiretti" provocati dalla cosa viziata alla persona del compratore o ad altri suoi beni (cfr., D. Rubino, La compravendita, cit., 823; v., altresì, B. Agostinis, La garanzia per i vizi della cosa venduta, cit., 135 ss. che richiama, in proposito, la distinzione invalsa in giurisprudenza tra danno evento - ravvisabile nella previsione del primo comma dell'art. 1494 c.c.- e danno conseguenza - cui si riferirebbe il comma 2).

La disposizione, di modesta importanza, secondo un'opinione largamente condivisa, chiarisce che la portata del risarcimento non deve limitarsi alla diminuzione di valore della cosa determinata dall'imperfezione (cfr., C.M. Bianca, La vendita, cit., 984 ss.) e che anche per i c.d. danni indiretti il venditore risponde per colpa ed a titolo di responsabilità contrattuale (così, D. Rubino, La compravendita, cit., 823; C.M. Bianca, La vendita, cit., 987; C.G. Terranova, Redibitoria, cit., 17; v., altresì, G. D'Amico, La compravendita, cit., 476; per quest'ultimo autore, il pregiudizio di cui all'art. 1494, comma 2, pur avendo di per sé natura extracontrattuale viene assimilato dal codice al danno contrattuale).

In proposito si precisa, peraltro, che allorché il pregiudizio abbia natura non patrimoniale (si discorre in proposito di lesione di diritti assoluti), il compratore avrebbe a disposizione sia l'azione ex art. 1494, comma 2, c.c. che l'ordinaria tutela aquiliana (cfr., C.M. Bianca, La vendita, cit., 986-987; v., altresì, G. D'Amico, La compravendita, cit., 476-477).

Nel primo caso si farebbe valere una responsabilità di natura contrattuale, beneficiando della presunzione di colpa, ma soggiacendo al rispetto dei termini ex art. 1495 c.c. (cfr., G. D'Amico, La compravendita, cit., 476; sull'operatività dei termini di cui all'art. 1495 c.c. anche per l'azione ex art. 1492, comma 2, c.c. v., G. Gorla, Azione redibitoria, in Enc. dir., 1959, IV, Milano, 881; D. Rubino, La compravendita, cit., 825; C.G. Terranova, Redibitoria, cit., 17); nella seconda ipotesi il danneggiato disporrebbe dell'ordinario termine di prescrizione quinquennale dovendo, tuttavia, provare la negligenza del venditore (cfr., C.M. Bianca, La vendita, cit., 986-987; v., altresì, G. D'Amico, La compravendita, cit., 477; escludono, invece, la possibilità di aggiungere alla responsabilità contrattuale quella extracontrattuale: D. Rubino, La compravendita, cit., 823, nt. 125; P. Greco - G. Cottino, Della vendita, cit., 277).

Ben diversa è l'importanza del comma 2 dell'art. 1494 c.c. nella lettura proposta da altra parte della dottrina. La disposizione racchiuderebbe, infatti, la previsione di una responsabilità aquiliana del venditore, fondata sulla messa in circolazione del prodotto pericoloso e caratterizzata da presunzione di colpa (cfr., F. Galgano, Vendita (dir. priv.), cit., 495) e da esenzione dal regime di prescrizione e decadenza di cui all'art. 1495 c.c. (cfr., A. Luminoso, La compravendita, cit., 278 che, naturalmente, tiene distinta tale ipotesi dalla responsabilità del produttore oggi disciplinata dagli artt. 114 ss. c. cons.).

Ad avviso della giurisprudenza, poi, l'art. 1494, comma 2, c.c. "abbraccia e comprende tutte le conseguenze patrimoniali sfavorevoli subite dal compratore in conseguenza della consegna di merci viziate o difettose, costituendo esse eventi lesivi ulteriori rispetto all'intrinseca difettosità del bene"; l'eventuale lesione di interessi del compratore sorti fuori dal contratto e che presentino consistenza di diritti assoluti dà luogo a responsabilità di natura extracontrattuale con conseguente applicazione della disciplina propria dell'illecito aquiliano (cfr., Cass. 8 maggio 2008, n. 11410, cit.; nello stesso senso: Cass. 11 febbraio 2014, n. 3021, in Foro it., 2014, I, 2176; Cass. 5 febbraio 1998, n. 1158, in Giur. it., 1999, 32).

La mancanza di qualità essenziali: introduzione

Differente è il regime predisposto dal codice civile in relazione all'ipotesi di mancanza di qualità. L'art. 1497 c.c., assegna all'acquirente il diritto di ottenere la risoluzione del contratto (non ai sensi dell'art. 1492 c.c., bensì) "secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento".

L'unica disposizione della garanzia per vizi espressamente richiamata dal succitato art. 1497 c.c. è quella concernente il regime di decadenza e prescrizione (art. 1495 c.c.).

Secondo la giurisprudenza assolutamente prevalente, il legislatore ha, perciò, ritenuto di isolare la figura della mancanza di qualità rispetto alla disciplina generale della garanzia per vizi (in tal senso, Cass. 8 marzo 2013, n. 5845, in Giust. civ., 2013, I, 975 ss.; Cass. 29 luglio 1977, n. 3803; Cass. 13 novembre 1969, n. 3695; Cass. 13 febbraio 1968, n. 500; in senso contrario sembra, invece, esprimersi Cass. 30 novembre 1966, n. 2821; le massime delle pronunce citate sono tutte reperibili nell'archivio Italgireweb).

Le disposizioni degli artt. 1490-1495 c.c. sono, tuttavia, ordinariamente applicate all'ipotesi disciplinata dall'art. 1497 c.c., se qualificate come espressione di principi generali (per tale rilievo v., R. Fadda, Art. 1497, Sez. I, La mancanza di qualità, in V. Buonocore - A. Luminoso (a cura di), Codice della vendita, cit., 600; G. D'Amico, La compravendita, cit., 455-456, nt. 1213). Così, ad esempio, l'art. 1492, comma 3, c.c., che preclude al compratore l'azione di risoluzione del contratto se la cosa affetta da vizi sia stata da lui trasformata, è considerato applicabile anche alla mancanza di qualità (cfr., Cass. 17 novembre 1978, in Italgireweb; Cass. 23 gennaio 1988, n. 521, in Foro it., 1989, I, 1206).

Più variegato è il panorama delle opinioni espresse in dottrina.

Taluni autori, infatti, contestano la distinzione codicistica tra vizi e mancanza di qualità (il dibattito sul punto è efficacemente sintetizzato da R. Fadda, Art. 1497, cit., 597 s.) considerando arduo ravvisare una differenza materiale tra le due ipotesi e ritenendo, comunque, inopportuna la previsione di un differente trattamento giuridico (cfr., D. Rubino, La compravendita, cit., 759 ss.; A. Luminoso, La compravendita, cit., 259; R. Calvo, Le garanzie del compratore, cit., 314 ss.). Si sottolinea, peraltro, come il legislatore, pur intendendo far rientrare entro la figura della mancanza di qualità i difetti ritenuti più gravi, abbia, poi, riservato ad essi - quantomeno seguendo la lettera dell'art. 1497 c.c. - la disciplina più favorevole per il venditore (cfr., D. Rubino, La compravendita, cit., 764).

Siffatte riflessioni inducono a parificare in toto la regolamentazione delle due fattispecie (F. Macario, Vendita, I), Profili generali, in Enc. giur., XXXII, Roma, 1994, 24) mediante l'individuazione di rimedi sostanzialmente equivalenti a quelli della garanzia per vizi (cfr., D. Rubino, La compravendita, cit., 759 ss. e 801 ss. secondo il quale la distinzione tra le due categorie sarebbe da considerare "un'ombra vana fuor che nell'aspetto") oppure inquadrando il tema della

garanzia nell'ambito dell'inadempimento contrattuale e considerando le cc.dd. azioni edilizie come "espressioni di rimedi generali a tutela del contraente" con conseguente rilettura delle relative disposizioni normative (cfr., C.M. Bianca, La vendita, cit., 892).

A risultati simili perviene anche altra dottrina che evidenzia come la mancanza di qualità, al pari dei vizi, integra un difetto materiale preesistente alla formazione del contratto in guisa da non poter cagionare l'inadempimento di un obbligo contrattuale; conclude, pertanto, nel senso dell'incompatibilità del regime dell'art. 1453 c.c. con la figura di cui all'art. 1497 c.c. e della necessità di estendere a tale ultima ipotesi la disciplina di cui agli artt. 1490-1495 c.c. (A. Luminoso, La compravendita, cit., spec., 263; su tale ricostruzione, v. le precisazioni di G. D'Amico, La compravendita, cit., 436, nt. 1159).

Da ultimo appare opportuno segnalare come la mancanza di qualità essenziali sia apparsa in talune ipotesi (specialmente nel caso di vendita di cosa generica: v., D. Rubino, La compravendita, cit., 911) sovrapponibile con quella dell'*aliud pro alio* (cfr., G. B. Ferri, La vendita in generale, cit., 250). In questa prospettiva, la dottrina ha elaborato una nuova classificazione, raggruppando le difformità della cosa in due classi contrapposte: la prima comprendente i vizi redibitori e la mancanza di qualità essenziali; la seconda costituita dalla mancanza di qualità promesse e dall'*aliud pro alio*. Al primo gruppo sarebbe applicabile la disciplina propria della garanzia per vizi; al secondo quella dell'inadempimento (cfr., G.B. Ferri, La vendita in generale, cit., 250 s.; G.B. Ferri - A. Nervi, Il contratto di compravendita, cit., 29 ss.).

Segue: applicabilità delle norme sui vizi redibitori: operatività dell'art. 1491 c.c. e dell'*actio aestimatoria*

Le proposte ora riferite presentano importati ricadute sul piano applicativo; appare opportuno soffermarsi su quelle maggiormente attenzionate dagli interpreti.

Ancorandosi al dato letterale dell'art. 1497 c.c., la giurisprudenza esclude che la mancanza di qualità essenziali rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 1491 c.c. (cfr., Cass. 29 luglio 1977, n. 3803, cit.; Cass. 13 novembre 1969, n. 3695, cit.).

Talune precisazioni appaiono, tuttavia, opportune.

È pacifico che l'acquirente, a conoscenza della mancanza di qualità nel momento in cui presta il proprio consenso, non possa lamentare in un tempo successivo la difformità della cosa consegnata rispetto a quella pattuita. È chiaro, infatti, che l'accordo si è formato prendendo in considerazione un bene particolare (cfr., Trib. Catania 28 novembre 2006, in *DeJure*; v., anche, D. Rubino, La compravendita, cit., 889). L'art. 1495 c.c. - applicabile alla mancanza di qualità essenziali in virtù del richiamo operato dall'art. 1497 c.c. -fa, poi, decorrere il termine per la denuncia dal vizio dal momento della scoperta: si desume anche da qui che la risoluzione opera soltanto per i vizi ignoti al compratore al momento dell'acquisto (D. Rubino, La compravendita, cit., 889).

Ugualmente sicuro è, poi, che la tutela operi in relazione all'ipotesi di mancanza di qualità promesse, perché in tal caso non possono nutrirsi dubbi circa le caratteristiche che il bene deve presentare per contratto (cfr., D. Rubino, La compravendita, cit., 889; R. Luzzato, La compravendita, cit., 268; C. G. Terranova, op. ult. cit.; S. Puricelli, Vizi redibitori, mancanza di qualità e consegna di "*aliud pro alio*": distinzione, in questa Rivista, 1992, 146 ss.).

Il dibattito si è, perciò, concentrato principalmente sulla possibilità di escludere la tutela dell'acquirente nel caso di mancanza di qualità facilmente riconoscibile.

La soluzione positiva è sostenuta da chi propende per l'unificazione della disciplina dei vizi e della mancanza di qualità ravvisando una generale volontà legislativa (evincibile, oltre che dalla relazione del Guardasigilli, anche dal disposto degli artt. 1497 e 1511 c.c.) di equiparare la disciplina della mancanza di qualità essenziali a quella dei vizi (cfr., D. Rubino, La compravendita, cit., 889 s.; C.G. Terranova, *Redibitoria*, cit., 12; S. Puricelli, op. ult. cit.).

In senso negativo, si è, invece, osservato che l'art. 1491 c.c., riferendosi espressamente all'ipotesi in cui la cosa sia affetta da vizi, dovrebbe operare, stante anche la sua collocazione sistematica, come limite in relazione al solo art. 1490 c.c.; d'altra parte, l'onere, imposto dall'art. 1491 c.c. al

compratore, di accertare i vizi agevolmente individuabili avrebbe natura eccezionale (cfr., R. Luzzato, *La compravendita*, cit., 268; cfr., altresì, P. Greco-G. Cottino, *Della vendita*, cit., 312 secondo i quali siffatto onere trova giustificazione nella circostanza che la garanzia ex art. 1490 c.c. prescinde dalla colpa del venditore) e non potrebbe, pertanto, essere esteso a fattispecie diverse, quale la mancanza di qualità essenziali (cui si applica l'art. 1453 c.c. con conseguente rilievo della colpa dell'alienante: in tal senso, P. Greco - G. Cottino, *Della vendita*, cit., 312).

A conclusioni differenti perviene, tuttavia, altra dottrina secondo la quale l'art. 1491 c.c. non contiene vere e proprie ipotesi di esclusione della responsabilità, costituendo, piuttosto, espressa applicazione dei principi generali e delle regole che governano la ricostruzione del contenuto del contratto (C.M. Bianca, *La vendita*, cit., 911 ss.).

In tale prospettiva, la mancanza di qualità essenziali, se agevolmente riconoscibile, farebbe assumere alla condotta del compratore il significato della volontà di acquistare la res benché affetta da anomalie.

Se la cosa è palesemente priva di certe qualità - si osserva - non può dubitarsi del significato dell'impegno contrattuale dell'alienante ed, in particolare, della mancata estensione del medesimo alle qualità assenti; non si tratta, pertanto, di imporre all'acquirente un eccezionale onere di verifica della res, quanto di pretendere l'ordinaria diligenza nel ricostruire il significato delle dichiarazioni contrattuali anche in relazione alla cosa specificamente contrattata (così, C. M. Bianca, *La vendita*, cit., 912).

In termini simili, si pronunciano alcuni tribunali in relazione alla mancanza di qualità apparente (cfr., Trib. Catania 28 novembre 2006, cit., secondo cui "l'apparenza delle scadenti (o mancanti) qualità del bene, connotandosi quale obiettivo elemento della sua identificazione, fa presumere il medesimo così voluto").

Sul presupposto che il richiamo operato dall'art. 1497 c.c. all'art. 1495 c.c. sia da ricostruire in termini univoci, la giurisprudenza tende anche ad escludere per la mancanza di qualità essenziali o promesse l'esperibilità dell'actio quanti minoris (cfr., Cass. 8 marzo 2013, n. 5845, in *Giust. civ.*, 2013, I, 975 ss.).

Maggiori aperture si registrano in dottrina.

Deve, primariamente, segnalarsi l'opinione di chi, considerata l'azione per la proporzionale riduzione della controprestazione quale rimedio generalizzato nei contratti a prestazioni corrispettive, ne ammette la configurabilità anche in relazione all'ipotesi contemplata dall'art. 1497 c.c. (cfr., C. M. Bianca, *La vendita*, cit., 953 s.; F. Macario, *Vendita*, cit., 24; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 275).

L'orientamento prevalente, invece, pur negando la diretta applicabilità dell'actio quanti minoris (R. Luzzato, *La compravendita*, cit., 268; G.B. Ferri, *La vendita in generale*, cit., 248;), ridimensiona le conseguenze di tale esclusione ritenendo possibile conseguire, sia pure per il tramite dell'azione di risarcimento dei danni, un importo pari alla differenza di valore determinata dalla mancanza di qualità (cfr., P. Greco - G. Cottino, *Della vendita*, cit., 313; C.G. Terranova, *Redibitoria*, (azione), cit., 15; F. Galgano, *Vendita (dir. priv.)*, cit., 496; R. Fadda, *Art. 1497, Sez. I, La mancanza di qualità*, in V. Buonocore - A. Luminoso (a cura di), *Codice della vendita*, 597; in giurisprudenza, Cass. 3 agosto, 2001, n. 10728, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2234; Cass. 10 gennaio 1981, n. 247, in *Mass. Giust. civ.*, 1981; evidenza, tuttavia, la necessità di tenere distinta l'actio quanti minoris dal rimedio risarcitorio, B. Agostinis, *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, cit., 220).

Segue: disciplina della risoluzione e ammissibilità dell'azione di esatto adempimento

Il richiamo operato dall'art. 1497 c.c. all'azione generale di risoluzione per inadempimento comporta, ad avviso della giurisprudenza, talune importanti conseguenze applicative.

È pacifico che la risoluzione possa pronunciarsi soltanto se la mancanza di qualità possa qualificarsi come grave ai sensi dell'art. 1455 c.c. (cfr., Cass. 25 settembre 2013, n. 21949, cit.; Cass. 29 aprile 2010, n. 10285, cit.; Cass. 24 maggio 2005, n. 10922, in *Mass. Giust. civ.*, 2005; Trib. Cagliari 1°(gradi) marzo 2005, in *Riv. giur. Sarda*, 2005, 165, con nota di Dore; Cass. 10 gennaio 1981, n. 247, cit.). Discusso è, tuttavia, il rapporto tra siffatta disposizione e l'ultimo inciso dell'art. 1497,

comma 1, c.c. che subordina la risoluzione al superamento dei limiti di tolleranza stabiliti dagli usi (si tratta, peraltro, di un limite non operante per la mancanza di qualità promesse: così, Cass. 25 marzo 1995, n. 3550, in Corr. giur., 1995, 1402, con nota di Maienza).

Nell'elaborazione dottrinale, l'applicazione dell'art. 1455 c.c. assume concreto rilievo soltanto quando manchino gli usi richiamati dall'art. 1497 c.c. Diversamente, la risoluzione dovrà accordarsi nel caso di superamento del succitato limite di tolleranza e negarsi nell'ipotesi contraria senza che il disposto dell'art. 1455 c.c. possa spiegare alcun ruolo (così, D. Rubino, *La compravendita*, cit., 896 s.; P. Greco - G. Cottino, *Della vendita*, cit., 314).

Sotto altro profilo, la giurisprudenza ha statuito che se la mancanza di qualità non integra il parametro ex art. 1455 c.c. è preclusa la sola tutela demolitoria; qualora, invece, non si supera il limite di tolleranza ex art. 1497 c.c., non è dato al compratore alcun rimedio (cfr., Cass. 10 gennaio 1981, n. 247, cit.; contra: P. Greco - G. Cottino, *Della vendita*, cit., 313-314 secondo i quali residua in ogni caso la tutela risarcitoria).

Si ritiene che per la mancanza di qualità essenziali la risoluzione sia subordinata, altresì, all'accertamento della colpa del venditore (cfr., Cass. 21 aprile 2015, n. 8102, cit.; Cass. 29 aprile 2010, n. 10285, cit.; Cass. 18 maggio 2009, n. 11423, in D&(ampersand)G online, 2009; Cass. 24 maggio 2005, n. 10922, cit.; in dottrina, v., D. Rubino, *La compravendita*, cit., spec., 849 ss.; P. Greco - G. Cottino, *Della vendita*, cit., 315; sul dibattito relativo alla necessità del requisito della colpa ai fini della risoluzione ex art. 1453 c.c., v. supra).

Autorevole dottrina ha, tuttavia, evidenziato la difficoltà di riscontrare in concreto un siffatto requisito considerato che "la mancanza di qualità preesiste alla conclusione del contratto e perciò è esclusa in thesi una colpa del venditore" (così, L. Mengoni, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in Riv. dir. comm., 1953, I, 25; in termini analoghi: B. Agostinis, *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, cit., 215). La giurisprudenza, a sua volta, pur riaffermando in astratto la necessità del succitato requisito, in concreto suole trattare il rimedio di cui all'art. 1497 c.c. come una forma di responsabilità oggettiva sì che può considerarsi rara l'evenienza che l'azione venga respinta per aver il venditore provato la mancanza di colpa (in tal senso, R. Fadda, *Art. 1497*, cit., 598; V. Siracusa, *La garanzia per mancanza di qualità*, in M. Bin (a cura di), *La vendita*, IV, *Garanzie e inadempimento*, 1, cit., 753).

La dottrina prevalente, d'altra parte, propende, come si è detto in precedenza, per una riunificazione della disciplina dei vizi e della mancanza di qualità; pur con argomentazioni differenti, tali proposte interpretative escludono tutte la rilevanza del profilo soggettivo ai fini della risoluzione ex art. 1497 c.c. (cfr., C. M. Bianca, *La vendita*, cit., 949; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 273; A. Plaia, *Risoluzione per mancanza di qualità e colpa del venditore*, in questa Rivista, 2010, 627 ss.; cfr., altresì, D. Rubino, *La compravendita*, cit., 849 ss. che perviene ad una sostanziale equiparazione della disciplina dei vizi e della mancanza di qualità ritenendo applicabile, nel caso di mancanza di colpa del venditore, la risoluzione ex art. 1464 c.c.).

Deve, infine, evidenziarsi che il richiamo operato dall'art. 1497 c.c. all'azione generale di risoluzione viene comunemente inteso come comprensivo anche dell'azione di adempimento contemplata dall'art. 1453 c.c. (cfr., R. Luzzato, *La compravendita*, cit., 270; D. Rubino, *La compravendita*, cit., 893; P. Greco - G. Cottino, *Della vendita*, cit., 313; R. Campione, *La sostituzione del bene nella vendita*, Torino, 2014, 56; in giurisprudenza, v., Cass. 21 aprile 2015, n. 8102, cit.; contra: Trib. Roma 30 ottobre 1985, in Riv. giur. circol. trasp., 1986, 344).

L'aliud pro alio

Minori problemi pone la disciplina dell'aliud pro alio integralmente ricondotta entro l'ambito di applicazione degli artt. 1453 ss. c.c.

Al compratore viene, dunque, riconosciuta l'azione generale di risoluzione del contratto subordinatamente all'accertamento della gravità dell'inadempimento ex art. 1455 c.c. e, secondo l'opinione prevalente, della colpa del debitore (v. supra, par. 8). In alternativa, l'acquirente potrà esperire anche l'azione di esatto adempimento (cfr., Cass. 21 maggio 2015, n. 10490, in Guida dir., 2015, 42, 49; Cass. 18 maggio 2011, n. 10916, cit.; in dottrina v., D. Rubino,

La compravendita, cit., 914 ss.; G.B. Ferri, La vendita in generale, cit., 249) spettante anche nell'ipotesi in cui la consegna di cosa diversa da quella pattuita non sia dovuta a colpa del venditore (D. Rubino, La compravendita, cit., 918).

La regolamentazione dell'*aliud pro alio* non risulta, in linea generale, influenzata dalla disciplina della garanzia per vizi.

Non si applicano, in particolare, i termini di prescrizione e decadenza ex art. 1495 c.c. (cfr., Cass. 15 aprile 2014, n. 8728, in D&(ampersand)G, 2014; Cass. 19 dicembre 2013, n. 28419 in Mass. Giust. civ., 2013; Cass. 18 maggio 2011, n. 10916, in Mass. Giust. civ., 2011; Cass. 23 marzo 1999, n. 2712, in Notariato, 1999, 649).

È esclusa, altresì, l'operatività dell'art. 1491 c.c. (Cass. 19 gennaio 1995, n. 593, in Foro it., 1995, I, 2504; S. Puricelli, op. ult. cit.), non ricorrendo neanche i presupposti per l'applicazione in via analogica (cfr., D. Rubino, La compravendita, cit., 915).

Nel caso di *aliud pro alio*, infatti, la diversità del bene viene in rilievo al momento della consegna della res e non in quello - rilevante ai sensi dell'art. 1491 c.c. - dello scambio dei consensi (cfr., S. Puricelli, op. ult. cit.) ed "il ricevere un atto di esecuzione non è equiparabile alla conclusione dello stesso contratto" (così, D. Rubino, La compravendita, cit., 915).

Si ritiene, pertanto, che l'acquirente possa esperire gli ordinari rimedi contro l'inadempimento pur quando la diversità della cosa fosse facilmente riconoscibile o, addirittura, riconosciuta al momento della consegna (cfr., D. Rubino, La compravendita, cit., 914 s.; S. Puricelli, op. ult. cit.) salvo, in tale ultima ipotesi, che non vi siano gli estremi per ravvisare una rinuncia tacita (cfr., D. Rubino, La compravendita, cit., 915 secondo il quale - v., nt. 18 ter - la rinuncia tacita alle azioni di risoluzione o di esatto adempimento non deve necessariamente estendersi anche alla tutela risarcitoria).

Non può, peraltro, neppure configurarsi *aliud pro alio* qualora l'acquirente si sia accorto della diversità della cosa al momento della stipulazione del contratto (cfr., Cass. 8 settembre 1966, n. 2348, in Mass. Giur. it., 1966). Ed infatti, "se un soggetto acquista un bene riconosciuto viziato al momento della contrattazione ed il vizio non è semplicemente tale ma rende il bene addirittura diverso, non sarà configurabile una ipotesi di *aliud pro alio* in quanto il bene è stato acquisito come tale e non si può fare questione di diversità" (così, testualmente, S. Puricelli, op. ult. cit., spec., nt. 30).

Il quadro così delineato viene rimesso in discussione da una parte della dottrina che ritiene necessario regolamentare differentemente, siccome del tutto eterogenee, le due ipotesi comunemente ricondotte all'*aliud pro alio* (A. Luminoso, La compravendita, cit., 264 s.).

Il primo caso riguardante la consegna di cosa avente identità diversa da quella pattuita, integrerebbe vero e proprio inadempimento contrattuale soggetto alla relativa disciplina (artt. 1218 e 1453 ss. c.c.).

Diversamente dovrebbe dirsi per l'attribuzione al compratore della proprietà di un bene incapace di assolvere la funzione economico-sociale della cosa dedotta in contratto. Trattandosi di un'anomalia concernente il risultato traslativo e conseguente ad uno stato fisico della cosa preesistente alla vendita, la dottrina in esame non ritiene possibile applicare gli artt. 1218 e 1453 c.c. (di diverso avviso D. Rubino, La compravendita, cit., 911, che ritiene le due ipotesi entrambe assoggettabili al trattamento giuridico dell'inadempimento).

L'entità della difformità, però, appare tale da indurre ad escludere anche l'operatività degli artt. 1490 ss. Si ritiene, piuttosto, di far ricorso al modello della responsabilità per inattuazione dell'effetto reale (art. 1479 c.c.) con conseguente possibilità di esperire il rimedio demolitorio senza incorrere (a differenza di quanto accade nella garanzia per vizi) nei termini di prescrizione e decadenza di cui all'art. 1495 c.c. e senza che assuma rilievo la colpa.

Il profilo da ultimo evidenziato consentirebbe, peraltro, di ovviare all'inconveniente determinato dalla ricostruzione tradizionale che, assoggettando l'*aliud pro alio* al regime ordinario dell'inadempimento, subordina la risoluzione all'imputabilità del vizio (la questione, però, come precedentemente precisato, è controversa) così prevedendo un regime meno favorevole per l'acquirente nell'ipotesi più grave di anomalia.

Segue: Cassazione civile, sez. II, 06/06/2017, n. 14005

In tema di garanzia per i vizi della cosa venduta, di cui all'art. 1490 c.c., qualora il venditore si impegni ad eliminare i vizi e l'impegno sia accettato dal compratore, sorge un'autonoma obbligazione di "facere", che, ove non estingua per novazione la garanzia originaria, a questa si affianca, rimanendo ad essa esterna e, quindi, non alterandone la disciplina. Ne consegue che, in tale ipotesi, anche considerato il divieto dei patti modificativi della prescrizione, sancito dall'art. 2936 c.c., l'originario diritto del compratore alla riduzione del prezzo ed alla risoluzione del contratto resta soggetto alla prescrizione annuale, di cui all'art. 1495 c.c., mentre l'ulteriore suo diritto all'eliminazione dei vizi ricade nella prescrizione ordinaria decennale.

4. Vendita di beni di consumo. Rinvio alla lezione per l'inquadramento generale.

Dottrina. Francesco Camilletti, *La vendita di beni di consumo*, in *Contratti*, 2016, 8-9-, 823

Sommario: La nozione di bene di consumo - Il contratto di vendita avente ad oggetto beni di consumo - La conformità del bene al contratto - La determinazione delle caratteristiche del bene oggetto del contratto - I rimedi consumeristici in caso di inadempimento del venditore - I termini di decadenza e di prescrizione - Nullità delle clausole limitative

La nozione di bene di consumo

Il legislatore, nel distinguere quali siano i beni tutelati dalla disciplina consumeristica, non ha offerto una precisa rappresentazione delle caratteristiche che questi devono possedere, ma ha solamente previsto che tali beni vengano individuati dall'interprete attraverso un procedimento logico di esclusione; ed infatti, l'art. 128 c. cons., lungi dallo specificare quali dovessero essere i requisiti tipici che devono sussistere perché un bene sia considerato di consumo, li definisce genericamente come un "qualsiasi bene mobile anche da assemblare", procedendo poi ad escludere tutte quelle utilità non appartenenti alla categoria "di consumo", quali:

1) i beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altra modalità, dalle Autorità Giudiziarie, anche mediante delega ai Notai;

2) l'acqua e il gas, quando non confezionati per la vendita in un volume delimitato o in quantità determinata;

3) l'energia elettrica.

Il legislatore, nel circoscrivere i beni di consumo ha, quindi, rinviato alla definizione di beni di cui all'art. 810 c.c., individuandoli in tutte le cose che possono formare oggetto di diritto, salvo poi tipizzare alcuni beni espressamente esclusi dalla categoria consumeristica(1).

Pertanto, si possono ritenere soggetti alle norme protezionistiche della disciplina in esame, tanto i **beni consumabili quanto le utilità non consumabili, i beni fungibili, o anche quelli infungibili**(2); e **neppure la immaterialità del bene è elemento ostativo alla tutela consumeristica**, atteso che i beni immateriali non rientrano fra quelli esclusi dall'art. 128, nn. 1, 2 e 3, c. cons.; **non vengono, invece, ricompresi nel novero dei beni di consumo i beni immobili**(3) (se pur non mancano critiche da parte di alcuni Autori che ritengono ingiustificata tale esclusione, sulla scorta del fatto che anche i beni immobili possono esser destinati funzionalmente ai consumatori e venir realizzati secondo modalità standardizzate(4)); la ratio dell'esclusione, a parer di chi scrive, sembra individuabile nella forma ad substantiam richiesta, com'è noto, per i contratti che hanno ad oggetto tale categoria di beni (artt. 1325, n. 4 e 1350 c.c.) e per il particolare regime pubblicitario cui sono sottoposti, che già di per sé costituiscono uno strumento di tutela dei contraenti e che mal si coniugano con i principi generali consumeristici.

Perplessità sono invece sorte quanto alla corretta operatività della garanzia in ordine ai beni usati.

Ed infatti dubbi interpretativi si sono palesati in seguito ad una lettura correlata dell'art. 128, comma 3, che estende espressamente la tutela consumeristica anche ai beni usati, "tenuto conto del tempo del pregresso utilizzo, limitatamente ai difetti non derivanti dall'uso della cosa", con l'art. 129,

comma 3, c. cons., norma che regola gli obblighi di conformità dei beni consegnati dal venditore in relazione alla descrizione contenuta nel contratto.

In proposito si sottolinea che il comma 3 del predetto articolo esclude la garanzia per difetto di conformità nelle ipotesi in cui l'acquirente-consumatore sia a conoscenza del difetto stesso o non possa ignorarlo con l'ordinaria diligenza; pertanto sembrerebbe, ad una prima lettura, escludersi detta garanzia ex art. 129, comma 3, c. cons., nelle ipotesi di vendita di beni di consumo usati, in quanto l'acquirente, in funzione del pregresso utilizzo del bene, sarebbe per definizione a conoscenza di eventuali difetti del bene che potrebbero derivare da un utilizzo normale che è stato fatto del bene stesso, precedentemente(5); in sostanza, relativamente ai beni usati, la mancata conoscenza di eventuali difetti deriverebbe sempre da un comportamento colposo del consumatore-acquirente.

Parte della dottrina ha infatti argomentato che un bene "usato" necessariamente diverge rispetto al bene "non usato", assumendo una propria nuova identità e distinte caratteristiche, che lo rendono difficilmente raffrontabile con altri beni della medesima specie, tanto da rendersi inapplicabile anche il rimedio della sostituzione, ex art. 130, comma 3, c. cons.(6), in quanto l'utilizzo, distinguendo il bene usato dagli altri beni appartenenti alla medesima categoria, lo renderebbe ipso iure un bene infungibile.

Tuttavia, altra dottrina(7) nonché la giurisprudenza(8) di segno contrario, hanno dedotto, a seguito di un'analisi esegetica dei due disposti (l'art. 128, comma 3 e l'art. 129, comma 3, c. cons.), che la garanzia opererebbe anche nell'ipotesi di beni usati, quando il loro utilizzo sia stato "anormale" e occultato dal venditore(9), ed il difetto non derivi, invece, dal normale logorio che un uso ordinario può comportare; è pertanto necessario, affinché possa invocarsi la garanzia ex art. 129 c. cons., in rapporto ai beni usati, che sussista un vero e proprio vizio, in conseguenza del quale il bene usato viene reso inidoneo all'uso cui è destinato, o viene gravemente danneggiato, mentre non provoca alcun effetto, relativamente all'operatività della garanzia, il logorio derivante dall'uso del bene secondo il normale utilizzo.

Il contratto di vendita avente ad oggetto beni di consumo

In ordine alla corretta qualificazione del tipo vendita di beni di consumo, la dottrina maggioritaria, formatasi a seguito dell'introduzione degli artt. 1519 bis ss. c.c., ha affermato, anche alla luce della collocazione sistematica di questo nuovo apparato normativo all'interno del capo sulla vendita di beni mobili, **che la vendita di beni di consumo non fosse altro che un sottotipo del più ampio genus "vendita di cose mobili"(10).**

Successivamente, com'è noto, il Legislatore ha inteso attribuire una separata collocazione alle norme consumeristiche, rendendole speciali rispetto a quelle generali contenute nel codice civile, con ciò rendendo manifesta la volontà che queste disposizioni di carattere protezionistico riguardassero non solo la compravendita, ma dovessero considerarsi pattuizioni efficaci ogni qual volta venissero in rilievo i presupposti soggettivi ed oggettivi espressamente stabiliti all'interno del codice del consumo, per la sua applicabilità(11) (come ad esempio, qualora, all'interno di un contratto di appalto, dovessero ricorrere le figure del committente-parte debole e dell'appaltatore-professionista)(12). **Conseguentemente la disciplina sui beni di consumo trova applicazione in ogni rapporto giuridico, indipendentemente dalla sua qualificazione, connotato da un diverso status soggettivo del contraente.**

Non può però omettersi di evidenziare che, se da un lato, in base alle considerazioni sopra esposte, si può considerare superata l'impostazione dottrinale che ha ricondotto la vendita di beni di consumo ad un sottotipo della vendita codicistica, ed infatti queste norme sono state espressamente estese ad ogni tipo contrattuale, tuttavia, per parte della dottrina, sembra pur sempre sussistere la reconductio ad unitatem alla fattispecie "vendita", in virtù dell'inciso contenuto all'art. 135, comma 2, c. cons., per il quale "per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita"; in tal modo sembra trasparire l'intenzione del Legislatore nel prospettare l'appartenenza, in ogni caso, al tipo vendita.

Tale prospettazione, tuttavia, è stata ampiamente criticata da altra dottrina, la quale, fondandosi sulla natura "transtipica" della disciplina consumeristica, ha ritenuto che non in tutti i casi il trasferimento di beni di consumo possa essere ricondotto alla fattispecie vendita, ma solo in quei casi in cui lo schema contrattuale ricalchi il tipo vendita; in sintesi, solo perché l'alienazione ha ad oggetto beni di consumo, ciò non comporta un'automatica qualificazione del contratto di trasferimento come "sottotipo" di quello di vendita, né, di conseguenza, è possibile applicare a questo, in via residuale, la disciplina della vendita in generale(13). Il richiamo alla vendita, trova pertanto la sua giustificazione nel fatto che le norme funzionali alle garanzie trovano la propria collocazione sistematica in tale figura negoziale.

Conseguentemente, logico corollario di quest'ultima impostazione, l'art. 135, comma 2, c. cons., non sarebbe sempre applicabile a qualsiasi specie contrattuale che presenti lacune normative da dover integrare, ma solo in quelle ipotesi di negozi giuridici che presentino elementi di compatibilità con il negozio vendita(14). In sostanza, nell'ipotesi di un contratto d'appalto per la fornitura di beni di consumo, saranno applicabili, in quanto più favorevoli per il consumatore, le norme tipiche di questo contratto, così come disciplinato all'interno del codice civile, e non, di converso, le norme della vendita di beni mobili; in tal senso il richiamo di cui all'art. 135, comma 2, c. cons. non opererà, trattandosi di negozio giuridico di appalto che non presenta elementi di compatibilità con quello di vendita.

Alla luce di quanto sopra, quindi, viene lasciato ampio margine valutativo all'interprete, il quale viene chiamato ad assumere il compito di operare una valutazione di compatibilità tra il negozio in essere e la sua disciplina di riferimento, nel caso in cui ricorra la necessità di integrare il contratto con ulteriori disposizioni(15), che si pongono al di fuori dello schema tipico del contratto di vendita.

La conformità del bene al contratto

L'art. 129 c. cons., come abbiamo già precedentemente evidenziato, prevedendo la garanzia di conformità al contratto, impone, al suo comma 1, un'obbligazione a carico del venditore di consegnare beni conformi al contratto stipulato con l'acquirente; a questa disposizione fa poi da pendant l'art. 130, comma 1, c. cons., che imputa al venditore una particolare responsabilità (vedi infra) qualora consegni un bene non conforme a quanto contrattualmente pattuito.

In dottrina si è a lungo dibattuto circa il corretto inquadramento giuridico della fattispecie di cui all'art. 129, comma 1, c. cons., predetto, laddove prevede un obbligo di "consegna conforme"; ed infatti è sorto il dubbio se tale pattuizione dia origine ad una sola obbligazione, o, come fondatamente si è sostenuto, a **due obbligazioni distinte (un obbligo di conformità, ed un secondo di consegna)**, ove la conformità al bene consegnato costituisce un'autonoma e specifica obbligazione a carico del venditore-professionista, rispetto a quella di consegna(16); siffatta impostazione metodologica trova il proprio fondamento nel disposto che individua come specifiche e distinte obbligazioni del venditore quella di consegnare la cosa (art. 1476, n. 1, c.c.) e quella di garantire il compratore dai vizi che la rendono inadatta all'uso cui è destinata o che ne riducono in modo apprezzabile il valore (artt. 1476, n. 3 e 1490 c.c.); è quindi manifesta l'intenzione del Legislatore di considerare consegna della res e garanzia per vizi (di cui la conformità del bene costituisce una specificazione), due obbligazioni autonome.

Non manca però chi ha sostenuto che l'obbligo di conformità non costituisca un'obbligazione in senso tecnico, ma una vera e propria garanzia(17) del corretto adempimento dell'obbligazione di consegna, di cui il bene conforme alla pattuizione costituisce l'oggetto. Tale orientamento, almeno a parere di chi scrive, non appare condivisibile in quanto, il nostro legislatore, ogni qual volta ha previsto una garanzia (fidejussione, vendita, appalto, permuta, rendita perpetua...), l'ha sempre strutturata come una vera e propria obbligazione in senso giuridico.

Quanto alla tipologia dell'obbligazione de qua, la stessa è stata inquadrata fra le **obbligazioni di risultato**, atteso che l'obbligazione di conformità può ritenersi completamente adempiuta soltanto allorché il compratore-consumatore ottiene il "risultato" di vedersi consegnato un bene

integralmente conforme a quanto pattuito(18); e ciò in linea con la sua natura di obbligazione di garanzia, funzionale al soddisfacimento dell'interesse del compratore.

In ogni caso, al di là delle variegate tesi proposte in ordine alla corretta qualificazione della disposizione in esame, ciò che appare dirimente è che il Legislatore, con questa norma, ha voluto sgombrare il campo da ogni dubbio circa il momento in cui il bene deve essere conforme alla sua descrizione contrattuale, e cioè al momento della consegna.

La determinazione delle caratteristiche del bene oggetto del contratto

Ai fini della determinazione della conformità delle caratteristiche e qualità che il bene di consumo, consegnato dal venditore-professionista, deve possedere in relazione all'accordo negoziale, il primo indice dell'indagine, in ossequio al principio volontaristico, va rinvenuto nella volontà delle parti nel determinare il contenuto del contratto, e quindi, anche i requisiti e le caratteristiche che il bene di consumo deve possedere(19); in mancanza di tale specifica determinazione soccorrerà il criterio sussidiario delle presunzioni di cui al secondo comma dell'art. 129, c. cons., secondo cui si presume la conformità del bene al contratto se questo risulta idoneo all'uso che beni della medesima categoria abitualmente svolgono, se corrisponde alla descrizione fatta dal venditore e possiede le qualità del modello presentato, se possiede le qualità e svolge le prestazioni abituali di beni della stessa tipologia; ed infine, se risulta idoneo all'uso particolare richiesto dal consumatore e se tale necessità sia stata conosciuta dal venditore e da quest'ultimo accettata.

La dottrina si è interrogata sulla natura giuridica di tali presunzioni, arrivando, tuttavia, a negare una corrispondenza tra queste e quelle tipiche del codice civile(20), ponendosi al di fuori della nota tripartizione che distingue tra presunzioni semplici, presunzioni relative e presunzioni assolute; ed invero, il termine "presunzione" indicato dal Legislatore sembra utilizzato in senso atecnico, trattandosi, più precisamente, di meccanismi legali che svolgono una funzione integratoria del contenuto del contratto. Di talché il termine "presunzione" avrebbe una funzione interpretativa e non probatoria.

La loro funzione, trova quindi soddisfazione nel momento in cui, mancando nel contratto una sufficiente descrizione del bene venduto, l'acquirente potrà invocare la non corrispondenza delle caratteristiche o delle qualità del bene ricevuto alla luce di tali regole legali suppletive(21); tuttavia non è mancato anche chi abbia ricondotto questi strumenti integrativi a presunzioni in senso tecnico, per alcuni aventi carattere relativo(22), nel senso che, ricorrendo le circostanze di cui sopra, il bene si presume conforme ma è ammissibile la prova contraria, mentre per altri, addirittura, assoluto, sul presupposto che la ricorrenza delle circostanze sopra riportate indicherebbe tassativamente la conformità del bene al contratto senza possibilità di prova contraria(23).

Puntualizzate, le diverse posizioni dottrinali in merito alla natura giuridica di dette presunzioni, si può ora procedere ad una sintetica analisi di ciascuna di esse.

Per quanto riguarda le caratteristiche indicate al punto a) del comma 2 dell'art. 129 c. cons., queste si riferiscono all'attitudine del bene ad esser sfruttato rispetto ai normali usi corrispondenti a quella categoria a cui il bene stesso appartiene; relativamente alle due presunzioni (in senso atecnico, come affermato dalla dottrina maggioritaria) contenute nella lettera b), la dottrina(24) ritiene che la conformità alla descrizione fatta dal venditore e il possesso delle qualità del bene rispetto al modello o al campione rammostrato dal venditore stesso, siano due regole poste in via alternativa e non cumulativa tra di loro; pertanto è sufficiente la ricorrenza di uno dei due requisiti perché sia rispettata la presunzione di cui all'art. 129, comma 2, c. cons., e il bene sia considerato conforme.

Con riguardo al contenuto della lettera c) si osserva che il legislatore ha voluto ricomprendere tutte quelle caratteristiche che concorrono a determinare le qualità del bene e le capacità di quest'ultimo avendo riguardo ad un uso del bene che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi.

Infine con il punto d), si chiarisce che il consenso (secondo alcuni sarebbe più propriamente un'acquiescenza) del venditore in relazione all'uso particolare cui adibire il bene (secondo le istruzioni ricevute dal consumatore) lo vincoli anche nell'ipotesi in cui la volontà dell'acquirente sia resa per facta concludentia.

I rimedi consumeristici in caso di inadempimento del venditore

L'art. 130 c. cons., a completamento della disciplina sull'obbligo del venditore a consegnare il bene conforme a quanto pattuito tra le parti, stabilisce, nei commi successivi al primo, una serie di rimedi a favore del consumatore per le ipotesi in cui la predetta obbligazione rimanga inadempita.

In proposito si osserva che dalla lettura combinata dei commi 2, 3, 4 e 5 della norma in esame emerge un quadro di tutela offerta dal legislatore che raggruppa, sostanzialmente, quattro rimedi, riuniti in due coppie poste in ordine gerarchico tra loro, e la cui scelta del rimedio prioritario (appartenente ad una coppia piuttosto che all'altra) non è rimessa alla libera discrezionalità del consumatore.

Quest'ultimo, infatti, ha diritto, in caso di non conformità del bene, al ripristino della conformità attraverso la riparazione o la sostituzione del bene solo nell'ipotesi in cui uno dei due rimedi invocato sia, in primo luogo possibile, ed in secondo non risulti eccessivamente oneroso rispetto all'altro.

Tale principio ricalca quello generale dettato in tema di risarcimento in forma specifica, ove si prevede tale modalità di risarcimento solo qualora sia possibile e non risulti eccessivamente onerosa per il debitore.

Inoltre, anche nell'ipotesi in cui il difetto di conformità dovesse derivare da un inadempimento di un altro soggetto all'interno della catena distributiva (si pensi, per esempio, ad un difetto di realizzazione cagionato dal produttore), per il consumatore è sufficiente rivolgersi al venditore, unico soggetto responsabile verso l'acquirente⁽²⁵⁾. E ciò si pone in linea con quanto dettato in tema di responsabilità da prodotto.

In ogni caso la riparazione o la sostituzione devono avvenire senza spese per il consumatore, oltre ad essere effettuate in un arco di tempo ragionevole e senza inconvenienti per l'acquirente⁽²⁶⁾.

Infine, **il consumatore può richiedere una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, ma solo ed esclusivamente nelle seguenti ipotesi:**

- la riparazione o la sostituzione (quindi, i primi rimedi in ordine gerarchico) sono impossibili o eccessivamente onerosi;
- il venditore non ha rispettato i termini previsti per eseguire la riparazione o la sostituzione;
- la sostituzione o la riparazione poste in essere hanno prodotto pregiudizi in capo al consumatore.

Si evince quindi la scelta compiuta dal legislatore a voler salvaguardare gli effetti del contratto, in osservanza del più ampio principio generale della sua conservazione; solo qualora il rapporto negoziale sia divenuto impossibile (o eccessivamente oneroso, cosa che porterebbe a creare uno squilibrio contrattuale), o il venditore sia nuovamente inadempiente verso il consumatore nell'eseguire la riparazione o la sostituzione, allora quest'ultimo avrà la facoltà di incidere potestativamente sul regolamento contrattuale, potendolo modificare con riguardo al prezzo, o, addirittura, risolvendolo.

Il predetto ordine di priorità tra le due coppie di rimedi non è stato esente da critiche da parte della dottrina; ed infatti non sono mancati autori che hanno ritenuto eccessivamente pregiudizievole, per il consumatore, l'obbligo di azionare, in via prioritaria, uno dei due rimedi ripristinatori, non potendo, fin da subito, agire per ottenere gli effetti tipici delle azioni edilizie⁽²⁷⁾, e cioè, com'è noto, riducendo il prezzo pagato (azione estimatoria o quanti minoris) o risolvendo (azione redibitoria) il contratto stesso.

Non è, inoltre, mancato chi, per tentare di armonizzare l'ordine gerarchico indicato dal legislatore relativo ai rimedi esperibili, lo abbia interpretato come derogabile, favorendo, in primis, la libertà di scelta del consumatore, la cui protezione rappresenta, in ogni caso, la ratio fondamentale che impregna tutta la normativa consumeristica⁽²⁸⁾.

Tuttavia, a parere di chi scrive, non è possibile ritenere il criterio gerarchico derogabile in quanto, non solo la lettura del testo della norma non pare lasci aperture interpretative che permettano di ritenere possibile una deroga (il legislatore, infatti, è stato assolutamente preciso e categorico nel prevedere il novero delle ipotesi in cui il consumatore potesse azionare i rimedi "edilizi"), ma

addirittura la possibilità per il venditore di correggere il proprio inadempimento risulta esser un principio generale che connota sia la risoluzione stragiudiziale, con la diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), sia la risoluzione giudiziale per inadempimento, ove il requisito della gravità è previsto quale elemento di irreversibilità dell'inadempimento stesso; pertanto non sarebbe corretto ritenere, relativamente alla norma ex art. 130 c. cons., che il consumatore subirebbe un peggioramento della propria tutela rispetto alla disciplina generale civilistica; il legislatore, infatti, ha inteso semplicemente replicare un principio civilistico consolidato nel nostro ordinamento⁽²⁹⁾, che affianca alla tutela dell'acquirente l'obbligo, per quest'ultimo, di concedere una possibilità ulteriore al venditore per correggere il proprio inadempimento, in un'ottica di salvaguardia del principio di conservazione degli interessi contrattuali di entrambi i contraenti, funzionale all'applicazione del principio di buona fede che connota il contratto in tutte le sue fasi.

Inoltre, giova ricordare che il fondamento sistematico dell'art. 2, che in via generale individua nella buona fede, nella trasparenza e nell'equità, gli strumenti attraverso cui realizzare una tipologia di contratto "giusto" per il consumatore (almeno tendenzialmente, essendo impensabile che si possa garantire un contenuto contrattuale equilibrato in valori assoluti), è confermato dalle singole fattispecie normative che regolano i rapporti tra questi e il professionista, le quali possono essere considerate applicazioni particolari di quel generale principio. In proposito si sottolinea come tutta la disciplina consumeristica attui la sua funzione di normativa protezionistica attraverso una costante applicazione del canone di buona fede e dell'equità cogente o correttiva. La scelta legislativa appare, del resto, coerente con i più recenti orientamenti giurisprudenziali⁽³⁰⁾ e dottrinali⁽³¹⁾ formatisi in tema di giustizia contrattuale, i quali hanno individuato nella buona fede e nell'equità gli strumenti più idonei per dare attuazione al principio solidaristico di rango costituzionale, cui consegue necessariamente un corrispondente affievolimento dell'autonomia contrattuale⁽³²⁾.

Quanto, infine, al **rimedio risarcitorio**, tipico nella disciplina del codice civile, se pur questa non sia espressamente ricompresa nel novero dei rimedi previsti dell'art. 130 c. cons., la dottrina unanime non dubita della sua applicabilità in forza del rinvio alle norme civilistiche operato dall'art. 135 c. cons., con conseguente, diretta, applicazione dei principi che governano la responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) e la risoluzione del contratto per inadempimento (artt. 1453 ss. c.c.) che espressamente prevedono il risarcimento del danno a fronte dell'altrui inadempimento.

Dubbi, invece, sono sorti quanto al coordinamento del rimedio risarcitorio con quegli strumenti di protezione distinti nell'art. 130 c. cons.; ed infatti, per parte della dottrina la domanda risarcitoria può essere avanzata esclusivamente quale alternativa alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto; verrebbe pertanto alla rigida gerarchia dei rimedi consumeristici previsti dal legislatore (gerarchia che, si ribadisce, esser sostenuta solo da una parte della dottrina) assoggettato anche il rimedio risarcitorio, subordinato alla ricorrenza delle ipotesi indicate al punto 7 dell'art. 130 c. cons.⁽³³⁾.

Non è invece mancato chi abbia ritenuto del tutto sottratto all'ordine dei rimedi ex art. 130 c. cons. l'esperibilità dell'azione di risarcimento, in ossequio al principio civilistico per cui, in caso di inadempimento di una parte, se la norma non ne prevede espressamente l'esclusione, il risarcimento del danno è sempre proponibile (purché, ovviamente, sussista un danno da risarcire)⁽³⁴⁾.

In ogni caso si ritiene che a fronte di un qualsiasi altro danno derivante dall'inadempimento del venditore (si pensi ad esempio, ai danni cagionati alla persona), l'azione di risarcimento è immediatamente esperibile.

Infine, una questione che è necessario evidenziare riguarda l'irrinunciabilità dei diritti (compresi questi stessi diritti oggetto di analisi ed elencati all'art. 130 c. cons.) previsti dalla tutela consumeristica e stabiliti a favore del consumatore.

Ed infatti l'art. 143, che costituisce norma di chiusura del sistema consumeristico stesso, collocata tra le "Disposizioni finali" (di cui alla parte VI del codice del consumo), stabilisce al suo comma 1, che i diritti che il codice attribuisce al consumatore sono "irrinunciabili" e che è nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice.

La norma, che riecheggia il principio codicistico disciplinante la fattispecie del contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.), eleva quindi al rango di principi imperativi quelli previsti a tutela del consumatore(35).

La ratio sottesa alla imperatività delle disposizioni consumeristiche e alla conseguente irrinunciabilità (recte: indisponibilità(36)) dei diritti, deve essere individuata non soltanto nella necessità di tutelare la parte debole del rapporto, ma anche in quella di regolamentare il mercato, con ciò attribuendo alla normativa in oggetto una funzione di eterotutela. La finalità perseguita dalla norma è, del resto, in linea con altri interventi legislativi che hanno unito nella loro funzione teleologica la tutela di determinate categorie di soggetti con la tutela di interessi pubblici: si pensi ad esempio all'art. 5 T.U.B.(37) nonché all'art. 5 del Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria(38), la cui duplice funzione è da una parte di regolamentare i rapporti inter partes e dall'altra di garantire la stabilità, la competitività e il buon funzionamento del sistema finanziario.

Logico corollario della natura irrinunciabile dei diritti è che eventuali controversie tra consumatore e professionista non potranno formare oggetto di giudizio arbitrale, ostando il disposto dell'art. 806 c.p.c. che sottrae agli arbitri le controversie relative a diritti indisponibili, dovendosi in proposito ritenere che il concetto di diritto "indisponibile" utilizzato dal codice di rito e quello di diritto "irrinunciabile" di cui al codice del consumo siano, sul piano sistematico, perfettamente sovrapponibili; "l'irrinunciabilità dei diritti attribuiti al consumatore è formula che il legislatore utilizza per rendere effettivo nel sistema quell'elevato livello di protezione, che era stato individuato e tentato attraverso il catalogo dei diritti fondamentali del consumatore e degli utenti previsto dal 2°(gradi) comma dell'art. 1 della legge 30 luglio 1998, n. 281, e che il Codice del Consumo ha recepito nell'art. 2"(39).

I termini di decadenza e di prescrizione

L'art. 132 c. cons. individua i termini di decadenza per la denuncia del difetto di conformità e di prescrizione per l'esercizio della relativa azione; fin da una prima lettura si osserva che il legislatore **non ha replicato quanto previsto nelle corrispondenti norme civilistiche di cui agli artt. 1495 e 1667 c.c., ma ha previsto termini più ampi.** Ed infatti se per la materia civilistica la previsione di termini temporali ridotti risponde ad un'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, in un'ottica di eguaglianza tra le parti, tale principio di celerità non sembra potersi applicare per la disciplina consumeristica che, come si è più volte ribadito, **assolve ad una funzione garantista e di protezione del soggetto considerato non paritetico ma bensì debole rispetto alla controparte(40).**

Di conseguenza è stato previsto un **termine di decadenza biennale** per quanto riguarda la responsabilità del professionista per difetti di conformità del bene trasferito, prevedendosi come dies a quo il momento di effettiva disponibilità della res da parte del consumatore(41) (se, ad esempio, in un contratto di appalto dovessero esser effettuate due consegne, una provvisoria ed una definitiva, il termine decorrerà esclusivamente dal momento della consegna definitiva, a nulla rilevando quella provvisoria precedentemente effettuata(42)).

Quanto al termine "manifestato", utilizzato dal legislatore in relazione alla rilevanza del vizio nel termine di decadenza biennale, si osserva invece come detto vocabolo vada inteso nel senso che il difetto deve esser divenuto rilevabile e riconoscibile alla luce del principio generale dell'ordinaria diligenza.

Una volta rilevato il vizio, in capo al consumatore graverà il **solo onere della denuncia del difetto nei confronti del venditore nel termine di due mesi dalla data della scoperta del vizio; tuttavia il legislatore ha esonerato espressamente il consumatore dall'obbligo di denuncia nelle ipotesi in cui il venditore abbia riconosciuto il difetto o lo abbia occultato, in linea con la disciplina codicistica in tema di vendita, per cui la denuncia dei vizi non è necessaria se il venditore ha riconosciuto il vizio o lo abbia occultato (art. 1495, comma 2, c.c.).**

In questa seconda ipotesi, poi, si ritiene, a parer di chi scrive, che sia da escludersi come

comportamento doloso del venditore il mero silenzio, in analogia a quanto prevede la giurisprudenza in ordine a quanto previsto dalla disciplina civilistica con l'appena richiamato art. 1495 c.c., secondo cui si prevede che sia necessario un comportamento attivo del soggetto venditore, atto a nascondere il vizio della res(43); tale giurisprudenza ricalca quella formatasi riguardo al dolo contrattuale secondo cui il semplice silenzio, anche relativamente a profili contrattuali di rilievo per una delle parti non costituendo una modificazione della situazione di fatto, ma soltanto una mancata constatazione della reale percezione sul contenuto del contratto dell'altro contraente, non costituisce una causa di annullamento del contratto, non integrando alcun vizio della volontà(44).

Relativamente alle modalità di esternazione della denuncia di mancata conformità al professionista, si osserva come il Legislatore non l'abbia vincolata ad una forma ad substantiam, ben potendo essere effettuata in qualsiasi forma o con qualunque mezzo idoneo (anche mediante comunicazione telefonica(45)), e senza necessità di un'analitica descrizione del fatto(46); si tratta quindi di una dichiarazione unilaterale recettizia, non formale, per il raggiungimento del cui scopo è sufficiente che il consumatore-acquirente manifesti al venditore che il bene venduto non è conforme alle pattuizioni contrattuali, avendo la giurisprudenza affermato il principio secondo cui la denuncia dei vizi non deve consistere necessariamente in un'esposizione dettagliata dei vizi che presenta la cosa, e ciò in considerazione della finalità della denuncia stessa, che è quella di mettere il venditore sull'avviso in ordine alle intenzioni del compratore, e nel contempo, di porlo in condizione di verificare tempestivamente se il bene venduto è viziato o meno (nel caso di vendita di bene di consumo non conforme); di talché, anche una denuncia generica può essere idonea allo scopo, purché con essa il venditore sia reso cognito che il compratore ha rilevato, sebbene in maniera non ancora chiara e completa, che la res presenta difformità rispetto a quanto contrattualmente pattuito(47).

Sempre a carico del consumatore, come parimenti previsto nella disciplina civilistica, spetta l'onere probatorio relativo alla tempestività della denuncia(48), la cui tardività può esser eccepita solo dalla controparte, e non anche dall'organo giudicante.

Inoltre, nel caso di responsabilità per danno cagionato da prodotto difettoso, il consumatore danneggiato è esonerato dal dover dimostrare la colpa del venditore, dovendosi limitare a provare il rapporto causale tra il difetto del prodotto ed il danno.

In sintesi, in un arco temporale di due anni, il consumatore dovrà comunicare, anche informalmente, entro sei mesi dalla scoperta, al venditore, la mera esistenza di difetti del prodotto; in caso poi di danni cagionati a causa dei vizi presenti nel bene il danneggiato dovrà fornire la prova del collegamento causale non tra prodotto e danno, bensì tra difetto ed evento dannoso, prescindendo la responsabilità per danno da prodotto difettoso da una colpa del venditore stesso (trattasi pertanto di una forma di responsabilità non oggettiva ma presuntiva(49)).

Peculiare della disciplina consumeristica è, invece, la previsione di un termine semestrale dalla consegna del bene, entro il quale i difetti manifestatisi sono da considerarsi sussistenti già nel momento della consegna della res; decorso tale termine non si assisterà in ogni caso ad un'inversione dell'onere probatorio, ma verrà semplicemente meno la presunzione consumeristica, applicandosi invece la disciplina probatoria generale, con la conseguenza, rilevante sul piano processuale, che il consumatore dovrà così provare l'esistenza dei vizi nonché la loro sussistenza quando il bene si trovava ancora in possesso del venditore(50).

Questa particolare disciplina, che giustifica il favor consumatoris alla luce della funzione protezionistica permea l'intero codice del consumo, introducendo una vera e propria presunzione relativa iuris tantum(51), che il venditore può superare soltanto fornendo la prova contraria consistente nel dimostrare che l'origine del difetto si trova in una causa sopravvenuta alla consegna del bene e che non è imputabile al venditore stesso(52).

Il legislatore ha poi previsto la facoltà, regolata all'art. 133 c. cons., che le parti pattuiscano una **garanzia convenzionale ulteriore(53), definita dall'art. 128, comma 2, lett. c)**, come "qualsiasi impegno di un venditore o di un produttore, assunto nei confronti del consumatore senza costi

supplementari di rimborsare il prezzo pagato, sostituire, riparare, o intervenire altrimenti sul bene di consumo qualora esso non corrisponda alle condizioni enunciate nella dichiarazione di garanzia o nella relativa pubblicità". Tale definizione riprende quella di cui all'art. 1519 bis, comma 2, lett. e), c.c., che, a sua volta, aveva ripreso quella contenuta nella direttiva comunitaria 1999/44/CE; è del tutto evidente, in ossequio ai principi protezionistici che governano la materia consumeristica, l'intenzione del Legislatore di introdurre un rafforzamento della tutela offerta al consumatore, senza con ciò pregiudicare, in ogni caso, la garanzia dovuta ex lege(54).

La garanzia ulteriore(55), pertanto, si aggiunge a quella legale, per andare a colmare situazioni non protette dalla disciplina ordinaria (per esempio l'ipotesi della ruggine nel settore degli autoveicoli) o per rafforzare la tutela del consumatore (prevedendo, per esempio, in caso di difetti, la restituzione della somma corrisposta per l'acquisto del bene, in modo che l'acquirente non sia costretto a dover rispettare la procedura di cui all'art. 130 c. cons.)(56).

È poi necessario, come previsto dall'art. 133 c. cons., che la predetta garanzia preveda specificamente l'indicazione che il consumatore sia titolare dei diritti previsti dalla disciplina consumeristica (si ritiene che la norma, solo impropriamente, riporti il termine "paragrafo"), e che rimangano inalterati tutti gli altri diritti; inoltre dovrà esser individuato in modo non equivoco l'oggetto della garanzia e tutti gli elementi necessari per la sua validità, quali la durata, l'efficacia territoriale, nonché tutti i dati che permettano un'identificazione del soggetto che la offre; in parte qua la norma, obbligando il professionista venditore ad esplicitare in maniera chiara ed inequivoca i profili della garanzia pattizia, costituisce una applicazione concreta dell'art. 2 c. cons., che tra i diritti fondamentali del consumatore in materia contrattuale prevede proprio quello della trasparenza delle condizioni contrattuali.

Al comma 5 dell'articolo in commento il legislatore ha inserito un'importante rafforzamento della garanzia ulteriore, attribuendole una sorta di validità assoluta; ed infatti, anche nel caso in cui la garanzia ulteriore prestata non possedesse i requisiti previsti dall'art. 133 c. cons., la sua validità non ne verrebbe inficiata, potendo, il consumatore, continuare a godere della tutela aggiunta(57).

Se così non fosse, si sarebbe pregiudicata la posizione del consumatore, attribuendo al professionista un ingiusto vantaggio; quest'ultimo, infatti, si sarebbe potuto approfittare della vis attrattiva di detta clausola, e, successivamente, invocarne l'invalidità dallo stesso causata.

Il che si pone in palese contrasto con i principi ispiratori del codice del consumo, in funzione dei quali il professionista non può avvalersi degli squilibri contrattuali imposti al consumatore per comprimerne la tutela.

Nullità delle clausole limitative

Tutta la disciplina consumeristica garantista, improntata sulla protezione del soggetto debole che, nella contrattazione privata con una parte considerata forte rischia di subire pregiudizi in modo inconsapevole, trova il suo naturale punto di arrivo nel dettato dell'art. 134 c. cons., norma che sanziona con la nullità qualsiasi pattuizione anteriore alla comunicazione del difetto del bene che limiti o escluda i diritti riconosciuti al consumatore; si tratta, è bene specificare, di nullità relativa, potendo esser invocata dal consumatore, e parziale, non travolgendo con l'invalidità l'intero negozio, ma esclusivamente la clausola viziata, a prescindere da ogni giudizio sulla sua essenzialità, e potendo esser rilevata anche dal giudice, ma esclusivamente a vantaggio del consumatore stesso (art. 36 c. cons.).

Tale tutela è poi rafforzata dalla norma di chiusura di cui all'art. 143 c. cons., secondo cui i diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili, ed è nulla ogni pattuizione in contrasto con il codice stesso; è quindi evidente, dal combinato disposto delle richiamate norme, come il Legislatore abbia inteso sanzionare tutte quelle eventuali pattuizioni che possano eludere direttamente o indirettamente la disciplina protezionistica prevista dal codice del consumo.

Ai fini della corretta individuazione dei diritti tutelati da questa imposizione, che si estrinseca in un vero e proprio divieto di reformatio in pejus, risultano assolutamente protetti i diritti di cui all'art. 130 c. cons., nonché ogni e qualsiasi patto che sia diretto a limitarne o escluderne l'esercizio(58);

non rientrano, invece, nell'alveo dell'art. 134 c. cons., le pattuizioni volte a limitare o escludere la responsabilità, quando questa non coinvolga i diritti del consumatore. Un esempio è offerto dall'ipotesi del risarcimento del danno, azione non contemplata tra i diritti espressamente riconosciuti a favore dello stesso(59); va da sé che, in tal caso, troverà applicazione la normativa generale, di cui all'art. 1229 c.c., che sanziona la nullità delle clausole di esonero della responsabilità in caso di dolo o colpa grave.

Dubbi sono invece sorti quanto alla validità di patti o convenzioni, aventi contenuto limitativo dei diritti del consumatore, ma successivi alla comunicazione dei difetti del prodotto.

Se una parte della dottrina(60) ritiene valide le pattuizioni stipulate successivamente alla comunicazione, alla luce del noto brocardo *inclusio unius, exclusio alterius*, e quindi rilevando che il legislatore ha espressamente comminato la nullità agli accordi che precedono ogni dichiarazione del consumatore con riguardo ai vizi, altra dottrina(61) ritiene detti patti successivi assolutamente invalidi, assoggettati al regime delle clausole abusive(62), in forza del richiamo operato dall'art. 135, comma 1, c. cons., che fa salvi i diritti del consumatore attribuiti da altre norme dell'ordinamento giuridico, e quindi ricomprendendo gli artt. 33 ss. c. cons., che individuano le clausole che originano un significativo squilibrio, sanzionate, a loro volta, dalla nullità(63).

Segue. Corte di Giustizia, 4 Giugno 2015, causa C-497/13 (sentenza non citata a lezione)

Massima

1) La direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, deve essere interpretata nel senso che il giudice nazionale adito nel contesto di una controversia vertente su un contratto che può rientrare nell'ambito di applicazione della citata direttiva è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine o possa disporre su semplice domanda di chiarimenti, a verificare se l'acquirente possa essere qualificato come consumatore nell'accezione di tale direttiva, anche se quest'ultimo non ha espressamente rivendicato questa qualità.

2) L'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 1999/44 deve essere interpretato nel senso che esso va considerato come una disposizione equivalente ad una disposizione nazionale avente nel diritto interno rango di norma di ordine pubblico, e che il giudice nazionale è tenuto ad applicare d'ufficio qualsiasi disposizione che garantisca la sua trasposizione nel diritto interno.

3) L'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 1999/44 deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una norma nazionale la quale preveda che il consumatore, per usufruire dei diritti che gli spettano in forza di tale direttiva, debba denunciare tempestivamente al venditore il difetto di conformità, a condizione che tale consumatore, per procedere a detta denuncia, disponga di un termine non inferiore a due mesi a decorrere dalla data in cui ha constatato tale difetto, che la denuncia cui occorre procedere verta solo sull'esistenza di detto difetto e che essa non sia assoggettata a regole relative alla prova che rendano impossibile o eccessivamente difficile per il citato consumatore esercitare i propri diritti.

4) L'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 1999/44 deve essere interpretato nel senso che la regola secondo cui si presume che il difetto di conformità esistesse al momento della consegna del bene

– si applica quando il consumatore fornisce la prova che il bene venduto non è conforme al contratto e che il difetto di conformità in questione si è manifestato, ossia si è palesato concretamente, entro il termine di sei mesi dalla consegna del bene. Il consumatore non è tenuto a dimostrare la causa di tale difetto di conformità né a provare che la sua origine è imputabile al venditore;

– può essere disapplicata solo se il venditore prova in maniera giuridicamente sufficiente che la causa o l'origine del difetto di conformità risiede in una circostanza sopravvenuta dopo la consegna del bene.

2.5. Vendita di pacchetti turistici. Dir. 25 Novembre 2015, n. 2015/2302
Nota: si consiglia di stampare questa direttiva e portarla al concorso.

